

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO PRIVADO Y OTROS ESTUDIOS

POR
OTTO VON GIERKE

TRADUCCIÓN DEL ALEMÁN POR
JOSÉ M. NAVARRO DE PALENCIA

REVISIÓN, EDICIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR
«La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social
y de las personas colectivas»

A CARGO DE
José Luis Monereo Pérez
Catedrático de la Universidad de Granada

GRANADA
EDITORIAL COMARES, S.L.
2015

I

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO PRIVADO

Discurso leído en 5 de abril de 1899 ante la Asociación de Jurisconsultos de Viena

AL LECTOR:

Cuando traté de publicar la traducción de este discurso, pensé inmediatamente en la conveniencia, o mejor dicho, en la necesidad de que la traducción fuese precedida; no de un prólogo, tal como suelen entenderse éstos, que hubiera sido en mi necia, petulancia, sino de unas cuantas líneas que diesen, idea de las obras y la importancia, científica del eminente profesor de Berlín; pues no habiendo sido traducidos, que yo sepa, ninguno de sus trabajos, es muy fácil que sean desconocidos para, una gran parte del público español.

No encontrándome tampoco suficientemente capacitado para este empeño, dispuesto estaba a desistir de la publicación del discurso¹, cuando llegó a mis manos la Revista alemana Juristisches Litteraturblatt, de septiembre último (1902), en la cual, con motivo de la XXVI reunión de jurisperitos alemanes, publica el Dr. Schücking de Breslau un artículo acerca de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín, ocupándose de Gierke, a continuación de los tan conocidos y reputados Dernburg, Brunner y Hübler.

Nada mejor pudiera, ofrecer acerca de ello, a los que desconozcan el alto renombre y la grandísima autoridad de que goza el Dr. Gierke en Alemania, que reproducir, como hago a continuación, la parte correspondiente del citado artículo, que dice lo siguiente:

«El nombre de Otto von Gierke, de cuyas obras vamos a tratar ahora, ocupara, siempre un lugar brillantísimo entre los hombres de ciencia que han estudiado el

¹ *Del que aparece, en primer lugar, La función social del Derecho privado; el otro, o sea la Naturaleza de las asociaciones humanas, se ha publicado posteriormente. (N. del T.).*

Derecho alemán y su historia. A esto respondía ya su Deutsches Genossenschaftsrecht (Derecho de asociación alemán), de la, cual fundadamente decía en cierta ocasión Heinrich Brunner que puede ser considerada, como una historia del Derecho alemán tomada desde el punto de vista de la asociación. El volumen 3.^o, publicado en 1881, puso de relieve la doctrina del Estado y la corporación en la antigüedad y en la Edad Media, y su recepción en Alemania. Imposible expresar en pocas palabras la abundancia de enseñanzas que puede sacar de este volumen el jurisconsulto, el publicista, el civilista, y naturalmente, y ante todo, el historiador del Derecho. Solamente puedo aquí indicar sobre esto, que todo el que en lo sucesivo quiera escribir acerca de la historia de las ideas sobre el Estado en Alemania, hallará en el § II de este tercer volumen de Gierke una excelente preparación respecto a la Edad Media. Lo mismo ocurre con la obra de Gierke Johannes Althusius y la evolución de la teoría jurídico naturalista² acerca del Estado.

«Ciertamente, dice Gierke mismo, en la nueva edición que ahora hace de su obra, que anudar una historia del desarrollo de las teorías jurídico naturalistas del Estado con un relato de la vida y doctrinas de Johannes Althusius, apenas sería tolerable, aun cuando gracias al libro de Gierke conservamos una interesante información sobre la participación que tomó la ciencia alemana de entonces con el Síndico de la ciudad de Emden a la cabeza, en el desarrollo de las ideas políticas del nuevo tiempo. La obra, en cuestión ha aparecido en el ciclo de investigaciones sobre la historia del Derecho y del Estado alemán, ciclo dirigido por Gierke, que tanto ha enriquecido la ciencia. En su libro Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, trata Gierke de aquilatar, para el momento, los resultados de más de veinte años de investigaciones históricas en el campo del derecho de asociación. Si aquí, las teorías consignadas, tampoco han hallado el unánime asentimiento de la ciencia, han adquirido indudablemente un importante influjo en el progreso jurídico. Entre los trabajos eminentes que con posterioridad debemos a Otto von Gierke, cuéntase su Derecho privado alemán (Deutsches Privatrecht), del cual sólo ha aparecido hasta ahora el primer volumen, o sea la Parte general, en la Biblioteca de manuales de Derecho, de Binding. Difícilmente ha podido perder importancia alguna este libro con la vigencia del Código civil, no sólo porque juntamente con éste permanecen vigentes algunas normas jurídicas originariamente alemanas, sino además porque la ciencia jamás renunciará a aceptar los elementos de pensamiento alemán como tales, aunque al práctico baste la unidad externa de las normas del

² Para mayor concisión damos este nombre a la teoría de la escuela llamada de Derecho natural. (N. del T.).

Código. Puede en verdad dudarse si al gran mérito de la obra convenía el anticipar hábilmente el derecho de la persona en la parte general del sistema de Pandectas, cuando Gierke, en su Deutsches Privatrecht, ha hecho una amplia exposición de las doctrinas fundamentales del derecho objetivo y subjetivo. Aquí nos da a conocer en una exposición sistemática y profunda los derechos de la personalidad, el derecho de la personalidad individual, de la personalidad de las uniones y de la personalidad social. De propósito ha tomado Gierke, en oposición a Roth, a los derechos particulares; los rasgos que él necesitaba para su cuadro completo del Derecho alemán; y en oposición a Stobbe, trae a colación cosas histórico-jurídicas sólo en tanto que son necesarias para la inteligencia del derecho actual. La actividad literaria de Gierke va después estrechamente unida a la lucha que siguió a la formación del nuevo Código civil. La historia de este Código guardará eternamente el nombre de Otto von Gierke, como el «fiel Eckard»³ de las ideas jurídicas alemanas. La importante manifestación contra el primitivo proyecto, al cual por otra parte no sin fundamento llamóse «pequeño Winscheid»⁴, está comprendida en la obra de Gierke, 1889, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch uns das deutsche Recht (El Derecho alemán y el proyecto de un Código civil). Una, parte especial de la obra, de Gierke está dirigida contra las asociaciones de personas y de patrimonios y el conjunto de patrimonios en el proyecto (Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe). Si en la «segunda lectura» fue ya el proyecto más esencialmente alemán, y si la, mayor parte de las modificaciones positivas han resultado casi siempre de una aproximación al Derecho alemán, débese esto en parte principal a Gierke.

«A pesar de esto no desmayó la crítica de Gierke ante el segundo proyecto. A última hora fue objeto de una serie de escritos suyos, bajo el título Das Bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag (El proyecto de Código civil y el Congreso alemán). El resultado fue menor indudablemente esta vez, y quizá no en perjuicio del Código: así lo consideran la mayoría de los peritos en materias agrícolas, los cuales, a pesar de Gierke, creen un progreso que sea abolida la prescripción de la servidumbre. Gierke, sin embargo, ha puesto más tarde igualmente su pluma al servicio de la nueva codificación con su tratado sobre la significación de la posesión de inmuebles para el derecho discutido, según el Código civil; y un estudio sobre la asociación sin capacidad jurídica. Entre los pequeños trabajos del mismo autor merecen ser citados, ante todo, su discurso Sobre la misión social del Derecho privado, y el trabajo

³ Personaje de una leyenda alemana. (N. del T.).

⁴ Profesor de universidad y autor de un celebrado tratado de Pandectas, en tres volúmenes.

sumamente atractivo, del cual van publicadas dos ediciones, sobre el Humor en el Derecho alemán».

Y después de esto, dos palabras nada más por vía de explicación, para los que, desconociendo el idioma alemán en general, y la vigorosa y precisa exposición científica del Dr. Gierke en particular, tachen acaso de incorrecta o desaliñada esta traducción. Sin negar que haya faltas sólo a mí imputables, bueno será hacer constar que al traducir los dos importantísimos trabajos que van a continuación, he preferido aparecer incorrecto a desnaturalizar el pensamiento y la frase, a veces tan enérgica y precisa, que los he considerado insustituibles.

El Traductor.

Madrid, febrero de 1904.

ILUSTRE ASAMBLEA:

A la ciencia pura únicamente es asequible *lo que es*; no lo que debe ser. De modo que la ciencia del Derecho, como tal ciencia pura, ha de ocuparse solamente de la realidad histórica que llamamos derecho. Sin embargo, ésta no puede adquirir un profundo conocimiento de la ciencia y desenvolvimiento del derecho sin que investigue el fin que denomina, conscia o inconsciamente, como modelador del derecho⁵. Si, según lo dicho, cuando cuestiona qué función ha realizado en lo pasado en la vida de la sociedad humana o realiza hoy, y que ideas han influido decisivamente e influyen sobre esta función, en la formación del derecho, a pesar de ello permanece dentro de la esfera de la investigación puramente científica. Pero no puede menos de salirse de esta esfera: el curso de la historia camina deprisa hacia adelante, y trae consigo modificaciones en el derecho que muestran su camino al porvenir. Cuanto más haya avanzado la vida espiritual, tanta mayor parte toma en ella la acción consciente; a ella precede la convicción de lo que el derecho debe ser, y en este examen debe tomar parte la ciencia del Derecho. Ciertamente que no es ella sola la llamada a esto; todo el público, y cada parte de él a quien afecta, debe deliberar, resolver y obrar. Tampoco se puede alcanzar esto con los medios que ella, como ciencia, supone; no se pide ciencia, sino prudencia, práctica, previsión. Dispone, sin embargo, de medios eficaces para una feliz solución del problema, medios que no deben desperdiciarse. Del conocimiento nace el amor; del conocimiento

⁵ Esto constituye el mérito inolvidable de la gran obra de Ihering.

del conjunto, el amor hacia la comunidad; de la penetración de la historia, el sentido para lo futuro. La ciencia del Derecho se condenaría ella misma a la impotencia si callase en los momentos supremos y decisivos de la vida jurídica: puede poner límites y asistir al legislador, y no debe renunciar a ello.

En el Imperio alemán nos encontramos⁶ actualmente ante un hecho que hará época en la historia del Derecho privado. Por eso la Jurisprudencia común alemana aplica comprensiblemente toda su atención al plan que ha tornado cuerpo con la divulgación del proyecto de un Código civil para el Imperio. A las explicaciones suscitadas sobre lo que debe ser el Derecho, sucédense los actuales trabajos históricos y dogmáticos. Surgen innumerables cuestiones particulares; pero destácanse también, y conviértense en apasionadas cuestiones del día, las cuestiones fundamentales de toda la formación del Derecho. En semejante momento, lo que ante todo hay que hacer en realidad es averiguar cuál sea la función propia del Derecho privado. De modo que permítaseme tratar también de esta misión ante ustedes, que tanta parte activa toman en el actual movimiento alemán. Ciertamente que no lo haré en toda la extensión de la indefinida perspectiva que se descubre con esta palabra, sino solamente en una determinada dirección, que, a mi juicio, el proyecto alemán no ha tenido en cuenta: la de que debe prestar a la sociedad actual una nueva ordenación del Derecho privado.

Según la definición que por boca de Ulpiano nos han legado los romanos, éstos trataron ya de determinar la esencia del Derecho privado, desde el punto de vista de su misión; pues cuando ellos, como un derecho *quod ad singulorum utilitatem spectat*, lo contraponen al *publicum ius quod ad statum rei Romane spectat*, reducen la distinción entre las dos grandes ramas del Derecho a una diferente determinación del fin. Ciertamente que han fijado con esto el inmutable punto de partida entre el Derecho privado y el Derecho público, puesto que esta distinción es una expresión de la doble determinación de la existencia humana: arrancadle hecho positivo de que cada hombre vive al mismo tiempo para sí, y para la especie; de que es un todo cerrado frente al Universo, y al mismo tiempo también la parte de un todo más elevado, una aparición accidental en la marcha de la vida de la humanidad. El Derecho, como orden de vida externa, halla ante sí esta

⁶ El autor se refiere a la expectación despertada con el anuncio de la formación de proyecto de Código civil para el Imperio alemán; proyecto sensiblemente modificado antes de regir, y en cuyas modificaciones cupo no pequeña parte al Dr. Gierke. (*N. del T.*)

doble estructura de la vida humana; y según ella, se divide en dos diferentes fines: de un lado, necesita proponerse como fin la limitación y la protección de las esferas externas de vida del individuo; y de otro lado, la construcción y la garantía de vida de la comunidad. Pero claro está que esta distinción no puede ser la última palabra. Efectivamente; queda el mismo hombre en el cual se reflejan una existencia individual y una parte de la vida total: ambos están realmente entrelazados en indisoluble unidad, y solamente se separan en nuestra imaginación⁷. Lo que nosotros llamamos individuo y comunidad, son sólo necesarias abstracciones ideales de nuestra razón deficiente para abarcar la totalidad del hombre histórico. Así también cuando la regla jurídica se desdobra en Derecho privado y Derecho público, bien puede prescindir por un momento de que el individuo existe para el todo, y el todo para el individuo. Pero no debe olvidar en definitiva la unidad de fin; antes bien, en el Derecho privado, donde ella en primer lugar se preocupa de los intereses del individuo, debe esforzarse en conseguir el bien público; y en el Derecho público, donde ante todo tiene que atenerse al todo, debe tener en cuenta al individuo aislado⁸.

Nadie osará afirmar que los romanos descuidaron esto por completo, en la formación de su sistema jurídico, conquistador del orbe entero. Sin embargo, la característica del Derecho romano fúndase en la mayor importancia que daban a esta oposición entre estas dos mitades del Derecho, sobre su unidad. Los romanos hubieran aumentado el patrimonio de la humanidad con la idea de un derecho independiente y de igual condición al del Estado sino hubiesen establecido con vigorosa unilateralidad la antítesis del *jus singulorum* y del *jus populi*. De un lado, la soberanía del uno e indivisible poder político; de otro, la soberanía del individuo: ¡éstas fueron las poderosas palancas en la historia del Derecho romano: así lograron grandeza imperecedera! Pero llegó un día en que este mundo dejó de existir: el Derecho público cristalizó en la organización administrativa de un sistema político absolutista: el Derecho privado romano desarrollóse en aquel ingenioso sistema que todos admiramos. Sin embargo, con toda su clásica belleza no pudo detener la decadencia económica, la disolución moral, la descomposición social. Con su nivelación de las personas no supo

⁷ Véase DILTHEY: *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, tomo I, página 35 y siguientes.

⁸ Véase IHERING: *Zweck im Recht*, tomo I, páginas 64, 82, 99: «Die Wahrheit des Satzes: Jeder ist für die Welt, und die Welt ist für Jede da.—das ist die Gesellschaft».

acabar con la esclavitud: manteníase dentro de sus estrictos límites cuando antes y después clasificaba los esclavos como cosas; empero redujo este terrible mal de la agonizante antigüedad. Construido sobre esta enorme impostura, sin la cual, no obstante no era imaginable, el individualismo del Derecho privado romano, se encontraba perplejo e impotente frente de todas las fuerzas que minaban la existencia del cuerpo social. Ciertamente procuraba la legislación imperial, mediante medidas ingeniosas diversas, domar el desenfrenado egoísmo, amparar la debilidad contra la fuerza, afirmar de nuevo los frágiles lazos de la familia; pero no podía ni quería romper con el pensamiento del antiguo Derecho privado: así se consumó esta fatalidad. Y sólo sobre las ruinas de la antigua cultura pudieron las nuevas razas juveniles, con fuerza gigantesca y confusa conciencia, reanudar la lucha por el problema de la cultura humana, asimilándose poco a poco lo que en ella era inmortal.

Los germanos entran en la Historia con un Estado y un Derecho imperfectos: así permaneció desconocida para ellos largos siglos, la oposición entre Derecho público y privado que estaba en el dintel de la Historia del Derecho romano. A pesar de esta imperfección, teñían más amplia y más profunda idea del Derecho, que la idea del Derecho de los romanos. Mientras ellos solamente conocían un Derecho único, soberano, en todas partes igual a sí mismo, comprendían con toda la fuerza de su espíritu la idea de unidad de todo derecho. Ahora bien; el Derecho público corría el peligro de ser absorbido por el Derecho privado, pero ¡todo por el Derecho y para el Derecho!: el Derecho privado quedaba esclavizado por la confusión con el público, pero era enteramente social. No había Estado soberano, ni individuo alguno soberano. El Estado quedaba absorbido en los individuos y en las infinitas divisiones sociales: abandonó la esfera moral-espiritual a la Iglesia, y la vida económica a la sociedad. El individuo quedó encerrado en la comunidad; y en la familia y en la corporación desarrolló su vida entera. A los que estamos acostumbrados a la libertad del espíritu, nos parece extraña la genuina Edad Media; sin embargo, debemos cuanto significa progreso sobre la antigüedad, a la introducción y adopción prolongada por todos los pueblos europeos, de esta organización de unión y separación social que abarcaba la vida entera. Imperio e Iglesia; las clases sociales en su variada gradación de libertad y derecho, de vocaciones y honores; derecho espiritual y temporal; derecho feudal y derecho de la realeza; el campo y la ciudad; la profusión de asociaciones; administración autonómica feudal y corporativa; comunidad agraria y organización corporativa del trabajo inte-

lectual y manual; la vigorosa organización familiar, y consiguiente sucesión y vinculación; la acumulación de la propiedad territorial en manos de una multitud de grupos escogidos y hereditarios: ¡tal fue la organización sobre la cual construyeron nuestros antepasados el elevado y amplio edificio de nuestra cultura moderna!

Pero el mundo moderno no surgió, sin violencia, de la Edad Media. Para romper la envuelta dentro de la cual estaba aprisionado, el espíritu cristiano-germánico llamó en su auxilio a la antigüedad pagana. Operábase en todos los órdenes un renacimiento de la antigüedad. Lo moderno hubo de formarse después de luchas difíciles, mediante la fusión de los elementos ideales de la descompuesta Edad Media con elementos griegos y romanos. Aparecieron entonces el individuo y el Estado. La emancipación del individuo y la emancipación del Estado llegó a ser el objetivo hacia el cual se dirigía, desde diferentes puntos de vista, un movimiento creciente. En esta revolución de toda la vida interna y externa, desempeñó un papel decisivo el Derecho romano. Con el Derecho romano se llegó a la separación fundamental del Derecho, en privado y público; se obtuvo la formación del Derecho privado como una esfera de potestad de la libre personalidad individual; y la formación del Derecho público, como un orden de vida de un Estado ideal. Todo esto realizóse, como es natural, en forma excesivamente moderada al principio, mezclado y confundido con supervivencias germánico-medioevales, restos y atisbos de principios jurídico-sociales. Todo ello fue gradualmente revelándose en la incesante creciente tendencia a la aproximación de un ideal; en el Derecho natural, en el despotismo ilustrado y en la Revolución francesa; hasta que por último pareció que debía sucumbir realmente, al radical ataque, toda limitación de los nuevos Poderes centrales, y que sólo debían quedar frente a frente en el campo, el individuo libre e igual y el Estado omnipotente e ideal, es decir, el individuo libre de la comunidad; y que el vacío ocupado por ésta lo pasara a ocupar aquél, el Estado.

Si se hubiera llegado o se llegase a eso, estaríamos al cabo del desarrollo de nuestra cultura. Todos los tesoros almacenados de riquezas espirituales y materiales no bastarían para adquirir un plazo mayor de vida a una atómica e ideal sociedad. Pero ni en parte alguna de Europa, ni menos aun en el suelo alemán se ha realizado ni mucho menos el antisocial programa de la teoría abstracta. Y en nuestro siglo, un movimiento que sale muy de adentro, ha contenido en la ciencia y en la vida las olas destructoras; ha descubierto nuevamente, cegadas fuentes de fuerzas vitales, del pueblo;

ha hecho brotar de las rocas nuevos refrigerantes manantiales. La escuela histórica; el renacimiento de lo popular; la restauración de la soberanía; el resurgimiento en el individuo del espíritu comunal; el imprevisto desarrollo en la Iglesia del espíritu corporativo; Municipio, asociación y sociedad; el renacimiento del Derecho alemán; todo esto son particulares aspectos de un solo poderoso fenómeno general que imprimen a nuestro tiempo el carácter de una nueva juventud. Entre tales fenómenos, también aparece a la luz de este nuevo día la cuestión acerca de la misión de la regla jurídica. Recordamos de nuevo la unidad de todo Derecho, admitimos la libertad en el fin del Derecho público, la idea de asociación en el del Derecho privado.

¿Es que realmente asistimos a los albores de un nuevo día, o nos alumbraba el crepúsculo de un mundo que se hunde? ¿Sembramos acaso la semilla que ha de hacer fructificar una nueva sociedad, después del desmoronamiento de nuestra cultura en el paulatino vencimiento de la primitiva barbarie? ¿Sucederá acaso, lo que con el Cristianismo, que únicamente pudo proporcionar consuelo a la vejez del mundo que desaparecía, y fue sólo sol refulgente y vivificador en el alma juvenil del nuevo mundo bárbaro, que lo recibió como preciosa herencia? Sería muy atrevido contestar a esto.

Cierto que acechan en el seno de nuestra sociedad terribles peligros no conjurados. Pero también es cierto que en la lucha que entablamos y debemos entablar por la continuación de nuestra cultura, nos aguarda la esperanza en la victoria si cumplimos cada vez más con el espíritu común, y si sabemos modelar en sentido social el Estado, el Derecho, la Moral y la Economía.

En este respecto, la cuestión de la relación entre Derecho público y privado es una cuestión capital de actualidad.

Para nosotros, la oposición neta y fundamental es intangible. No podemos hacerla desaparecer sin abandonar las conquistas mismas que queremos defender. El Derecho público no es más ya que la ordenación de vida de un todo más elevado, con fines de vida propios; en vez de servir a la idea alta de una comunidad eterna, desciende a medio para los fines de todos o de la mayoría encerrados en la existencia individual, y derrumbase entonces la soberanía del Estado adquirida a tanta costa. Si reconocemos en el Derecho privado no más que al individuo con fines propios, limitando sus reglas a medios para fines sociales; entonces, el Cristianismo ha revelado inútilmente el valor incomparable e imperecedero de la existencia humana, y la Historia del mundo ha desarrollado en balde las ideas de libertad y justicia. Jamás desaparecerán las ideas y tendencias que se entreguen a

un estéril monismo de una u otra clase. En el cerebro de doctos e indoctos bullen también hoy las ideas sistematizadas por las extremas doctrinas del derecho natural con sus teorías del pacto, para las cuales, como no reconocen más realidad que al individuo, en último término, todo Derecho público precede y tiene como fin al individuo, y por consiguiente no es más que un Derecho privado más complicado⁹. Por otra parte, las ideas elevadas a sistema, en las doctrinas socialistas, que consideran y aprecian al hombre exclusivamente como miembro de la sociedad, amenazan con transformar todo el Derecho privado en una ordenación administrativa del Estado¹⁰. Necesitamos combatir ambas tendencias. El abandono del carácter público, en un sentido de individualismo jurídico natural, del Derecho público, equivaldría a la disolución y a la muerte; la adquisición del carácter público, en sentido socialista, del Derecho privado, equivaldría a la esclavitud y a la barbarie.

Pero siendo imprescindible esta oposición, debemos con todas nuestras fuerzas buscar y realizar la unidad por encima de la oposición. Nosotros no podemos romper con el gran pensamiento germánico de la unidad de todo Derecho, sin abandonar nuestro porvenir. Con esta idea, será siempre incompatible un Derecho público absolutista; y siempre será incompatible un Derecho privado individualista. Necesitamos un Derecho público que sea todo el Derecho; que establezca una relación de reciprocidad entre el todo mismo y sus partes, entre la comunidad más elevada y toda otra asociación más reducida, entre la comunidad y el individuo; que el Estado entero esté saturado de él y lo limite, y que también aquí disfrute de la protección de una sentencia, donde falte la coacción; que aunque coloque en primer término los deberes para con el todo, conceda y garantice a la vez, sin embargo, a los miembros, derechos contra el todo; que conceda al más

⁹ Aquí nos proponemos indicar únicamente cuan profundamente arraigado está todavía en nuestra ciencia del Derecho político el punto de vista atomístico mecánico, el cual jamás podrá ir más allá de las ideas jurídico privadas.

¹⁰ No faltan en la ciencia del Derecho privado hasta teorías que preparan tales concepciones, como, por ejemplo, los ataques al derecho subjetivo. Es instructivo como se presenta el Derecho privado después del aniquilamiento del derecho subjetivo en la obra de Joseph SCHEIN *Unsere Rechtsphilosophie un Jurisprudenz*, Berlín 1889. Todo derecho no es más que un resumen de las reglas publicadas por el Estado, como él mismo piensa conducirse en los casos que ocurran a semejanza de los reglamentos de explotación de los ferrocarriles; así, el Derecho privado vendría a ser lógicamente un apéndice de la ley de Enjuiciamiento civil.

insignificante participación en el Estado; que parta de la necesidad y de la estabilidad de la vida común, y sin embargo encierre en sí la libertad¹¹. Pero nosotros necesitamos también un Derecho privado en el cual viva, y palpite la idea de comunidad, a pesar de todo el respeto escrupuloso a la inviolable esfera del individuo. En una palabra: nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo del ideal de libertad jurídico natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo.

¿Pero con esto no exigiríamos la vuelta a la extinguida confusión, que no se compagina con la delimitación clara y lógica de la moderna sistemática? Indudablemente es más llano y fácil construir lógicamente el principio de la oposición. Sólo que por desgracia el mismo rígido esquema que satisface el sentido del matemático, encierra en sí el germen mortal para la vida orgánica, cuyas formas quiere establecer. Una gran ley de la evolución histórica nos enseña que todo progreso en la cultura de los organismos sociales tiene lugar por vía de diferenciación de las funciones anímicas: encerradas primitivamente en un mismo germen, se despliegan en esferas de vida distintas, se bifurcan más y más, créanse órganos propios, afirmanse frente a frente en creciente independencia, y cada una se desarrolla según su esencia en características cada vez más cerradas. Pero la historia nos enseña también que en la acción exclusivista de esta fuerza disgregadora, arraigan los peligrosos conflictos, que conmueven la vida interna del organismo social, y le amenaza con desgarramientos y descomposición: los conflictos entre la Ciencia y la Fe, entre la fuerza y el Derecho, entre el Derecho y la Moral, la Moral y las costumbres, entre la Educación y la Economía, entre el capital y el trabajo, la separación de clases y odio de los partidos. Toda posibilidad de vencer el proceso de separación destructor de la vida, toda esperanza de salud y vida descansa en la acción de otra fuerza, que según la ley de formación inmanente de las unidades de vida orgánicas, impulsa hacia la unión, reconcilia en una unidad superior las oposiciones, y partiendo de la unidad, imprime a las funciones especiales un carácter común, ata lo que tiende a separarse con impulsos más poderosos y reúne

¹¹ Todo esto, que constituye el concepto del «Estado de derecho» y no pone en cuestión la idea del «Estado de cultura», no tenemos para qué exponerlo aquí con más amplitud. RADNITZKY, en su obra *Die Parteiwillkür in öffentlichen Recht*, Viena. 1888, ha aclarado un aspecto particular pertinente al caso. Sólo que se equivoca cuando ve anomalías en los casos de libre disposición sobre relaciones jurídica-públicas, que cita, y cuando espera su futura desaparición.

armónicamente lo separado, sin borrar lo característico. Sólo donde esta fuerza misteriosa no está extinguida, es donde el progreso no equivale al último paso hacia la tumba de toda formación orgánica.

Así, también transcurre la vida del pueblo: no en línea acompasada de una evolución lógica, sino con el flujo y reflujo de las fuerzas vivas. Un sistema de ideas, de aspiraciones y de fines, elevados temporalmente a la prepotencia, vuelve a la oscuridad, y lo que parece sucumbir, surge en forma más madura, más atrevida y más completa para el poder y la victoria. ¡Estos son los fenómenos de rejuvenecimiento de la vida del pueblo; las restauraciones, el despertar de la muerte! Y tan es así, que nos atrevemos a afirmar lo que disuena, todavía y mucho, a los oídos de la mayor parte de los juriconsultos: que el derecho que hoy utilizamos es el restaurado Derecho alemán, vuelto a despertar de mortal sueño. No el Derecho alemán con su vestidura medieval, sino el Derecho alemán, en su contenido ideal inmortal. Ese Derecho alemán que repelido por el derecho extraño no pudo, sin embargo, ser ahogado; el cual, además, cuando yacía en tierra vencido, tenía abrazado al conquistador y lo hacía todavía tributario suyo; aquél que desde largo tiempo, con varia fortuna, ha impreso constantemente la dirección a toda nueva forma. Por esto, siempre que nosotros tratamos de fundar un porvenir estable y fecundo al derecho futuro, nos referimos al gran pasado germánico, pasando por alto el episodio de la dominación extraña¹². Y por esto, en el acto de la lucha por el derecho del porvenir, hay a la vez una lucha entre la naturaleza del Derecho romano y del Derecho germánico. No queremos olvidar lo que hemos aprendido de Derecho romano, y queremos permanecer fieles a la forma exquisita, al arte jurídico admirable de los romanos. Pero el espíritu que anima la forma, es el espíritu del derecho de nuestros padres.

¹² B. MATAJA, en su obra *Das Recht des Schadenersatzes row Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888, hace observaciones atinadas sobre el fundamento de la relación interna entre el moderno y el antiguo Derecho alemán. Hoy día este fenómeno aparece claro en la mayor parte de las ramas del Derecho público. En cambio, todavía se reprobaba por los romanistas la tendencia germánica, en el campo del Derecho privado; de modo que oscila entre tentativas reaccionarias de resurrección de las enterradas formas feudales de la Edad Media y las jactancias románticas de un no maduro derecho futuro. Pasaremos en silencio en qué medida aquí también se ha verificado ya la presencia de la idea rejuvenecida del antiguo Derecho alemán.

Por consiguiente, sea el espíritu del Derecho germánico el que nos de nuevas normas para nuestro Derecho privado, y recibamos de él la inspiración de ser fieles a la misión social que ha de resolver el Derecho privado, en la sociedad actual.

Si ya indudablemente ha prestado un tinte social a nuestra moderna legislación, también ha impreso al Derecho privado, en muchísimos lugares, un variado carácter. Justamente aquella nueva legislación que acostumbra a denominarse legislación «político-social», encaja profundamente en el campo jurídico-privado. Sin embargo, es un error fatal, error que ha cometido el proyecto de Código civil alemán, osar abandonar la obra social a la legislación especial, para dar forma pura individualística, al Derecho privado común¹³. Se sustentan, pues, dos sistemas dominados de espíritu totalmente distinto: un sistema de Derecho civil común, en el cual queda encerrado el puro Derecho privado y una abundancia de derechos especiales, en el cual domina un Derecho privado impulsado por el Derecho público y mezclado con él. Aquí, un derecho de matiz social, vivaz, nacional, rico en vida interior; allí, un patrón abstracto, romanístico, individualístico, momificado en una fría dogmática. Ahora bien, mediante el herético derecho particular, se puede desarrollar en todo su esplendor el propio y verdadero Derecho privado. Empero que vea el derecho particular como se acomoda con la lógica jurídico-privada en el suelo de un semejante derecho común. Y el derecho común es, sin embargo, el seno maternal en que germina también el derecho particular; en él aprende la juventud las ideas jurídicas: ¡de él absorben las clases directoras su subsistencia! ¡Qué horrible abismo se abre entonces! ¡Qué divergencia entre el espíritu de la administración de justicia ordinaria y el espíritu de la Administración y la necesariamente, más amplia siempre, jurisdicción administrativa! ¡Qué doble peligro! el entorpecimiento y desmayo de la Jurisprudencia y el ahogamiento del Derecho en el torrente desenfrenado de la vida pública.

¡No! Un derecho privado común que quiera llenar su misión, debe tener hondos cimientos y techumbre suficientemente alta para albergar todos esos derechos particulares en el Derecho privado. Además, debe estar impregnado de *arriba a abajo* del espíritu de la comunidad.

La función social del Derecho privado ya comienza donde regula las sencillas relaciones fundamentales del patrimonio individual: aumenta

después, naturalmente, en la misma medida, en que el Derecho privado simultáneamente fija y ordena relaciones personales permanentes.

En primer lugar, el Derecho privado tiene que conceder y limitar poderes patrimoniales individuales. Reconoce esferas de competencia que aseguran al individuo una libre y útil dominación sobre los bienes del mundo exterior, para los fines de vida individuales. Pero en seguida nace la cuestión acerca de si se puede y debe poner por fundamento el concepto de pura facultad que, como cosa evidente, acepta nuestro sistema de Pandectas. Todo derecho, no es en verdad unilateral, sino mutua relación de voluntades. También el derecho real (*Sachenrecht*), en último término, es una relación entre voluntades humanas, no entre una voluntad aislada y el objeto sin voluntad. Pero donde hombre y hombre se colocan frente a frente, para nuestra actual concepción, allí queda excluida la potestad sin deber. De modo que el Derecho privado también parece que debe partir de este punto: *no hay derecho sin deber*. Efectivamente, nuestra legislación incorpora al más enérgico y completo de los derechos como es el de propiedad, una serie de deberes¹⁴. Estos no son, sin embargo, en manera alguna, como a los romanistas parece, anomalías aisladas, o bien cosas enteramente extrañas, insólitas, de procedencia «policíaca». Más bien se trata de corolarios de un principio superior, capaz de mayores desarrollos y que está muy necesitado de ellos. La propiedad sin deberes, carece de porvenir. Los deberes sociales más elevados que la riqueza impone, caerán siempre en la esfera de los mandatos no coactivos que impone la moralidad. Pero aquello que absolutamente exija el todo social, es preciso que sea elevado a precepto jurídico. La construcción de los deberes *positivos* que corresponden a las facultades, sólo puede tener lugar mediante las determinaciones que en particular modela cada institución jurídica. Desde el punto de vista *negativo* es necesario; sin embargo, una regla general que ponga límites a los abusos de la propiedad y los demás derechos patrimoniales, en perjuicio de otros. Si la legislación no puede forzar el empleo justo del poder prestado por ella al individuo; tampoco puede ver con los brazos cruzados que indignamente se llegue a emplear mal este poder para ofender al verdadero fin del derecho. En este sentido, el *Landrecht* prusiano prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos (*zur Chikane*). El

¹³ Véase sobre esto MATAJA, ob. cit., página 114, nota.

¹⁴ Compárese, por ejemplo, también el Proyecto alemán, § 734 y 735.

proyecto de Código civil alemán, por el contrario, deja en libertad el abuso del derecho. Los «Motivos» ven en cierto modo, en la libertad del abuso, el completo desarrollo de las facultades jurídico-privadas: tanto que la justificación jurídica de la falta de un precepto prohibitivo de cláusulas testamentarias sin sentido o sencillamente gravosas, la defienden con calor por el derecho originario, garantido por la libertad de testar del individuo poseedor de un patrimonio, aun para abusar de otras personas después de la muerte: pero cosa extraña, el Proyecto piensa de otra manera sobre el abuso de la libertad. Mientras consiente el daño de otro por la práctica abusiva de un derecho especial, declara «ilegal» un «acto en sí lícito, en virtud de la libertad general», en tanto que «choque contra las buenas costumbres y ceda en perjuicio de otro» (§ 706). ¿Por qué, pues, no he de poder yo utilizar a mi placer en perjuicio de mi prójimo, tanto mi libertad como mi propiedad o mi pretensión (*Forderung*), mientras que no tropiece con las conveniencias y la moralidad, y no atente contra las leyes especiales?¹⁵ Ciertamente que la propiedad no es tan sagrada como la libertad, pero no por eso debe abusarse de los derechos particulares. Con la conclusión dirigida contra el abuso, viene a madurez la por largo tiempo oscurecida conciencia jurídica alemana. Si queremos librar a nuestro Derecho privado de más peligrosas degeneraciones y de innumerables conmociones, deberemos desplegar de incomparable y más vigorosa manera el antiguo pensamiento nacional que sólo en esto se manifiesta tímido. La legislación, caso de necesidad, no puede retroceder ante esto no sólo debe prohibir el abuso de la propiedad, sino que debe elevar a precepto jurídico la obligación de usar rectamente de ella en el círculo social. Hoy ya sin embargo, van unidas semejantes obligaciones a la propiedad de las minas, al derecho del inventor y en parte también al derecho de caza¹⁶. Últimamente, las facultades jurídico-privadas no son concedidas solamente al individuo para sí mismo, sino justamente confiadas como un medio de cultura, del cual debe servirse en realidad, en beneficio de toda la sociedad humana¹⁷.

¹⁵ Sobre lo insostenible de esta distinción y sus singulares consecuencias, véase mi artículo en la *Revista (Jahrbuch)* de *Schomöller*, tomo XIII, página 251 y siguientes.

¹⁶ En derecho forestal, de aguas o agrario, encuéntrase fenómenos análogos. También puede compararse a ello la extinción del derecho por el no uso durante largo tiempo.

¹⁷ Si los poseedores de latifundios, según el modelo escocés, dejan permanecer incultivos grandes terrenos para fines de *sport*, se esterilizarán y destruirán granos, a causa

Con el principio «ningún derecho sin deber» está íntimamente enlazada nuestra idea germánica de que todo derecho tiene en sí un límite inmanente. El sistema romanista de facultades en sí ilimitadas, que sólo llegan a restringirse mediante contrapuestas facultades de afuera, contradecía todo concepto jurídico-social. Para nosotros no es necesario que haya ninguna otra esfera jurídica que la que exige el interés racional protegido por ella y en cuanto lo consientan las condiciones de vida de la sociedad.

De modo que aclarado el concepto absolutista de la propiedad, tal como se pavonea en nuestros tratados de Pandectas, y ha expuesto en forma legal el Proyecto alemán: «El propietario de una cosa tiene el derecho de usar de las cosas, como le plazca, con exclusión de los demás, y de disponer de las mismas» (§ 848); añadiremos desde luego, como es natural, «hasta tanto no existan limitaciones a este derecho, fundadas en la ley o en el derecho de terceros». Y si nosotros observamos lo que ocurre en realidad con el verdadero derecho vivo, con estas limitaciones, descubriremos que aquella potestad arbitraria y exclusiva es una mera ficción. Pero esta ficción es peligrosa para todos. Establece un supuesto de ilimitabilidad, y convierte las limitaciones en anomalías (*zu Singularitäten*). Descansa en una exageración del concepto de la propiedad, con el cual gustan regocijarse los enemigos de toda propiedad privada. No. La propiedad privada según su concepto, no es ningún derecho absoluto. Todos los límites señalados en interés general, incluso la posibilidad de expropiación, se derivan de su concepto, y nacen de su más íntima esencia.

Por esto también es un error peligroso el que la propiedad sea completamente absoluta, igual a sí misma y completamente independiente de la naturaleza de su objeto. Desde luego, la *propiedad inmueble*, en su contenido, es *a priori* más limitada que la propiedad mueble. Es un contrasentido opuesto a la cultura, el entregar a un solo hombre un pedazo de nuestro planeta, de la misma manera que un paraguas o un billete de Banco.

En nuestra conciencia popular vive indeleble, sostenida por oscuras reminiscencias, la idea acerca de los principios de la propiedad inmueble, y que siempre romperá todos los diques artificiales que se le opongan; la de que tierra, a pesar de toda división del suelo, ha permanecido bien común, hasta un cierto grado; que todo derecho particular sobre el suelo

de la elevación de los precios, en días de necesidad. El fin de derecho seguramente será imponer el recto uso.

subsiste sólo con fuertes restricciones y en beneficio de la comunidad. Según la naturaleza de los bienes, nos parece que la propiedad inmueble es de *desigual contenido*; así, cuando recae sobre bienes rústicos, urbanos y establecimientos industriales, proporciona facultades especiales; cuando recae sobre bosques y aguas es limitada, en gran medida por el derecho de la comunidad; y desaparece por completo en los lugares públicos destinados al uso común.

Nuestra moderna legislación, a pesar de varios retrocesos —yo recuerdo los artículos prusianos acerca de las vallas y los setos—, ha abandonado, en suma, cada vez más, en conjunto, la tendencia dominante por más hacia la posible realización de la soberanía de la propiedad individual; ha guardado fuertemente el derecho de la comunidad al suelo patrio, y ha dado valor a la distinción del fin o natural o económico.

¿Qué situación adopta en esto el Proyecto alemán? Desterrando del puro Derecho privado y, por lo tanto, de sus horizontes, toda limitación, en interés público, de la propiedad inmueble; añadiendo solamente, como excepción, cargas mutuas que fluyen del derecho de vecindad; define el derecho del propietario de un bien inmueble como una potestad exclusiva y arbitraria que abarca todo el espacio sobre la superficie y la porción del globo bajo la misma (§ 849). ¡Qué presumida imagen, contradicha por todas las necesidades y las ideas de la vida! ¡Hasta el corazón de su interior fluida masa ígnea! Todo nuestro planeta, juntamente con la atmósfera que lo rodea, está repartido en derechos particulares.

El poseedor de los Alpes que descubre el túnel que yace justamente bajo sus lomas, puede obstruir una porción del mismo. Si un hilo telegráfico corre sobre un rincón de mi inmueble, puedo cortarlo. El aeronauta debe alcanzar, primero, el permiso de todos los poseedores de los fundos por cuyo suelo quiere atravesar. Quien no es propietario, no puede respirar legítimamente, sin permiso extraño. ¡Esto no es ya derecho insocial, sino derecho antisocial! Precisamente quien quiera bien a la propiedad inmueble, no puede apoyar que la misma sea ninguna absorbente autocracia en las cosas corporales, cuando en último término no es más que el derecho a un usufructo limitado, sobre una parte del suelo nacional.

En esto radica a la vez la necesidad de un derecho particular sobre los inmuebles que, en consonancia con el carácter de los mismos, distinto del de las cosas muebles, regule en forma diferente la adquisición pérdida, enajenación, gravámenes y garantías de la propiedad inmueble.

El Derecho alemán, ha vencido, coñocidamente, en toda la línea, en este punto. Ninguna nueva disposición de Derecho privado puede elegir otra base que el sistema de Registro inmobiliario. Pero estamos en peligro de perturbar, en su daño, el instituto jurídico germánico, por la exageración formalista del modo de cesión y registro y, por último, por llenar la forma nacional con el espíritu del derecho extraño. En el Proyecto alemán está esto demasiado claramente a la vista. Sin embargo, si con la investigación y declaración públicas de las relaciones jurídicas sobre la propiedad no logramos una movilización públicamente garantizada de la propiedad inmueble, seguramente conseguiremos en verdad, respecto al valor del suelo, un comercio más claro, más pronto y más seguro; empero minaremos la gran función social de la propiedad, la íntima conexión del individuo y la familia con el terruño, la duración, la estabilidad, lo tradicional nativo en sentimientos y costumbres, el fuerte arraigo y robusta organización de los cuerpos sociales. Un Derecho privado que comprenda su vocación social, debe aspirar a la estabilidad de la propiedad. No creo cabe intentar la nivelación de las cosas, ni mediante un punto de vista dogmático, ni con idea dominante capitalística. Juntamente en todo reconocimiento de la libertad de disposición, hay que establecer una salvaguardia contra la propia destrucción de la propiedad inmueble, ya sea por acribillamiento de deudas, ya por la subdivisión excesiva. Por lo pronto, debe ensayarse *junto* a las reformas capitalísticas de gravámenes, la forma de *rentas reales* (*dinglichen Renten*), y fomentar que puedan entrar en una seria competencia con hipotecas y deudas inmobiliarias. De igual suerte que respecto al embargo de los útiles del oficio y los salarios, así debe ser limitado el embargo, en la base de existencia de una explotación rural, en el suelo y el inventario de bienes (*Gutinventar*) y asegurar al deudor un hogar (*Heimstätte ú Homestead*). La reforma comenzada de vez en cuando, en el derecho de sucesión de bienes rústicos, debe no detenerse hasta que, mediante la construcción de un fuerte *Anerbenrecht*, se garantice la estable conservación de una clase rural alemana, el más fuerte baluarte contra asaltos de afuera y la ruina interior¹⁸. Empero en todas partes, y aquí también, importa ser tenida en cuenta la manía niveladora de nuestros neuróticos tiempos, para suavizar las diferencias locales y

¹⁸ Entre tanto Austria ha dado un paso importante en esta dirección con la publicación de unas *Höfegesetzes*.

reales. Ningún dogma abstracto debe inducirnos a prescindir de la intangibilidad del hogar rústico (*Höfen*), donde es habitual y obra útilmente; no habiendo otra razón, debemos introducir nuevas limitaciones a la división: La experiencia hecha con la propiedad libre, ningún derecho nos da a destruir violentamente la propiedad limitada, hasta tanto que se pruebe como viable. También llena una importante función nacional y social las vastas propiedades consolidadas en las grandes familias históricas, que sin embargo se convierten en un perjuicio, cuando van más allá de la prudente medida. Por esto una de las imperiosas tareas del Derecho privado moderno es reducir a límites prudentes los fideicomisos familiares; pero en estos límites, convertirlos en una verdadera propiedad familiar, según su verdadero concepto¹⁹. Un Código alemán unitario que, como el Proyecto, cruza indiferente por todas estas cuestiones e impone su solución al derecho particular, falta a su deber.

La creencia singularísima, enlazada con el concepto romanista de la propiedad y que circula por todo el Proyecto alemán, consiste en el dogma de que la propiedad es un derecho específicamente distinto de todos los demás derechos, un derecho que, en cierto modo, absorbe la cosa misma, se confunde con una parte del mundo material y solamente deja margen para derechos de estructura enteramente distinta. De esto resulta particularmente un rango inferior de *derechos reales limitativos*. Aparecen al mismo tiempo todos estos derechos sobre cosas ajenas, como creaciones más o menos anómalas, que es lícito limitar en lo posible en número, extensión y efectos. El ideal apetecido es la concentración en una sola mano de toda la inmediata dominación sobre la cosa, con poder indivisible de propiedad individual soberana. Esta concepción ha prestado un importante servicio a la legislación liberal, la cual excluye las cargas reales convertidas en pesadas cadenas, y ha creado o restaurado una posesión civil completamente libre. Entre tanto se resuelve esta cuestión en lo principal debemos abandonar, con los errores teóricos, la estrechez de miras prácticas de la dirección dominante. Los derechos reales limitativos, son derechos tan buenos y dignos de protección como la propiedad misma. Algunas de las más antiguas formas de los mismos son incompa-

¹⁹ Para conocer mejor esto y el *Anerbenrecht*, véase mi artículo sobre la posición del Código civil acerca de la sucesión hereditaria de bienes rústicos, en los *Anales de Schmöller*, tomo XII, páginas 401-436.

tibles con nuestras actuales relaciones de cultura y económicas; otras se hallan en plena floración, o llevan en sí el germen de un rico porvenir. Jamás debe olvidarse que toda desmembración de derechos reales de la propiedad, funda igualmente una comunidad; la comunidad aquí, como en todas partes, posee la facultad de elevar la fuerza común, mediante la asociación y conciliación de las diferentes clases de fuerza, sobre la suma de fuerzas individuales. Una servidumbre que deprecia poco el predio gravado, procura en cambio desproporcionada utilidad al predio dominante; aumenta la riqueza del pueblo. Análogamente pueden conducirse las cargas reales. En otro sentido, bajo supuestas condiciones, los derechos reales de usufructo y de uso, tanteo y *retracto* (*Anrechte am Werth*), sirven como palanca de progreso. Por esto, en nuestro tiempo, amenazado por el individualismo, una legislación jurídico-privada que persiga fines sociales, no puede de ningún modo posponer los derechos sobre cosas ajenas, ni reducir o debilitarlos sin necesidad²⁰. Más bien debe consagrarse a esta cuidadosa edificación. Y en ambos opuestos sentidos deberá romper en adelante con el esquema romano. Por un lado no cortará el puente que el Derecho germánico ha tendido entre el *derecho de obligación* y el *derecho sobre las cosas*, a causa de una aguda escisión doctrinaria, sino para edificar y afirmar²¹. El rasgo real de las obligaciones que aspiran a la posesión de la cosa o que están unidas a la posesión de las cosas; la posibilidad de convertirse por entero en real un contenido jurídico obligatorio, yace en esta idea jurídica-germánica, y hay encerrado un mundo de nivelación social. Así es que no hay falta alguna mayor, que la que presenta contra la misión social del actual Derecho privado el Código alemán cuando, según la opinión ha tiempo y bien juzgada, el Proyecto romaniza con el *Pacht und Mieth* la tesis expuesta «venta anula el alquiler» y niega al arrendatario un derecho real sobre los frutos levantados del suelo con su esfuerzo y a su costa²², cuando niega toda relación inmediata del arrendatario y

²⁰ Esto hace el Proyecto alemán con la limitación del número de los derechos reales; limitaciones en la forma de modelarlos, mediante la extensión de la inscripción forzosa de toda servidumbre inmobiliaria, y con otras muchas cosas.

²¹ La más extrema separación de ambas partes del derecho en la dirección opuesta ejecutada por el proyecto de Código alemán. Derecho sobre las cosas y derecho de obligaciones son para él dos mundos independientes.

²² Aquí encaja a la vez otro error social del Proyecto: la regulación de la adquisición de los frutos adquiridos, según el principio esencial romano, la exclusión del principio de

alquilador entre él y la cosa, y reconoce sólo una obligación personal que se renueva a cada instante, para la concesión de la cosa. Por otra parte, nuestro Derecho privado no deberá reprobarnos fácilmente el puente tendido por el Derecho germánico sobre el abismo entre *el derecho a cosas ajenas y la propiedad*. Bien haya expirado en su antigua forma la propiedad dividida, porque tardíamente se la declare «lógicamente imposible», no por esto ha cumplido peor su misión histórica universal. Pero nosotros tampoco podemos carecer, en lo porvenir, de formas análogas, siempre que elevemos nuevas capas del pueblo a la posesión del suelo y las eduquemos para la vida sedentaria, queramos establecer a la clase trabajadora, y nos ocupemos con resultados duraderos de la colonización interior. Si a la sazón, todavía aquél que habla de la resurrección de la enfiteusis (*Erbpacht*) o de los nuevos tipos de censo (*Erbzingsgüter*), atrae sobre sí la sospecha de aspiraciones feudales; poco importa el nombre. Acerca de la *Rentengut* prusiana, de esperar es que pronto pase de la provincia de Posen a las otras, y quede completamente realizada la idea decisiva, respetando todos en forma las prevenciones de manera adecuada para la prosperidad de la obra de colonización.

Solamente se ha mencionado de pasada que la exaltación romanista de la propiedad, a la cabeza de los demás derechos, desfigura el concepto de cosa, con resultados atomísticos y materiales opuestos a la civilización. *Atomísticos*, en tanto que solamente reconoce propiedad a cosas individuales, mientras necesitamos una legislación que permita también cosas comunes; cosas principales con las accesorias y patrimonio particulares con fin preciso, con unidades objetivas limitadas en sí y como inmediato objeto de relación jurídica. *Materialista*, en tanto que acaba con el concepto de cosas incorporales, pero con esto deforma los derechos sin substrato material, destierra los derechos sobre cosas inmateriales, sobre creaciones espirituales (*das «geistige Eigenthum»*) y en lo posible, bajo las ideas singulares y para salvar la forma, solo las reconoce mediante el concepto de privilegio.

El Derecho privado, no solo asigna al individuo facultades y deberes, sino que, por el contrario, le concede también libertad de formación para el establecimiento, cambio y anulación de aquéllas. Para el cumplimiento

producción alemán el principio de los bienes adquiridos («Wer faet, der mähet») que da al trabajo lo que le pertenece, véase mi artículo en los *Anales de Schmöller*, tomo XIII, página 216 y siguientes.

de su más inmediata y más importante misión, se reconoce a *la voluntad individual* fuerza creadora para asegurar al individuo una esfera de más amplia libertad en beneficio de la persecución del fin de existencia individual. Pero así como es seguro que llegaría a ser infiel a su más santa misión, una legislación privada que destronase la voluntad libre; así también cae de su peso que todo Derecho privado, que quiera conjurar este caos social, no se puede sustraer a la misión que pone límites al libre juego de las voluntades individuales, en la creación de relaciones jurídicas. Esto, no sólo tiene lugar, como nadie ha puesto en duda, en los derechos sobre las cosas y los derechos personales, sino que tiene también lugar para todas aquellas formas jurídicas que, ante todo, constituyen el escenario de los actos de voluntad creadores de derecho, sobre la forma del derecho de obligación²³.

Cuando el derecho moderno sostiene en esto el principio de la libertad de contratación, puede, sin embargo, también no ser arbitraria, sino sólo libertad razonable: libertad que en virtud de su determinación final moral lleva en sí su medida, libertad que es al mismo tiempo limitación. La ilimitada libertad de contratación se aniquila a sí misma. Un arma formidable en manos del fuerte, un instrumento embotado en manos del débil; se convierte en un medio de opresión de unos por otros, es la despiadada explotación del mayor poder espiritual y conómico. La ley que con desconsiderados formalismos permite eludir los queridos, o supuestos como queridos, resultados del libre movimiento jurídico de los negocios, trae en forma legal, bajo el aspecto de una legislación liberal, el *bellum omnium contra omnes*. Hoy más bien tiene el Derecho privado la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo. Por esto ya hace tiempo que, con la proposición que es nulo el contrato con contenido inmoral, se han señalado los últimos límites que el desarrollo de la conciencia moral ha ido exigiendo cada vez más. Mientras que ya hoy declaramos imposible la auto-aniquilación de la libertad moral de la personalidad, por la libertad contractual; rehusamos toda eficacia jurídica a contratos que un día estuvieron en plena floración. Piénsese en la sumisión de sí mismo, en la servidumbre o dependencia privada, en la renuncia de la capacidad civil, en la promesa de celibato, en la promesa

²³ El Proyecto alemán exagera el principio de la libertad contractual en el derecho de obligaciones; en tanto que lo deprime violentamente, en el derecho sobre las cosas.

de prisión (*Einlager*)²⁴, en el empeño del honor; pero piénsese también en la excesiva limitación de la libertad industrial, mediante los convenios de monopolio o renuncia del empleo común futuro del poder industrial²⁵. No obstante, todavía se ha hecho poco con la garantía de la inalienabilidad de la libertad jurídica. Una legislación jurídico-privada que tenga presente su misión social, debe juntamente aspirar a una protección material de las capas sociales, amenazadas con la libertad de los contratos, contra el empuje de la prepotencia económica.

Un espíritu tal debe penetrar, especialmente, el derecho de obligación. El progreso de la civilización nos ha traído la supresión de la prisión por deudas, último resto de la antigua servidumbre del deudor. También nuestro derecho logra cada vez más limitar el derecho de embargo, a fin de que el brazo que el Estado presta al acreedor, no obstruya las fuentes mismas de donde el deudor saca lo necesario para su subsistencia. Esta idea necesita desarrollo ulterior. No es, sin embargo, menos importante que la legislación haga lo suyo para esto; para precaver de antemano el mal uso, el abuso de la libertad de los contratos. Del principio de la libertad de la usura hemos ya desistido otra vez, a causa de rudas experiencias; hemos intentado renovar en forma más esencial o libre la antigua prohibición de la usura, que había llegado a ser insostenible en la forma arbitraria y fija del interés máximo. Pero nosotros, como propone el Proyecto alemán, bajo la falsa esperanza de una ley especial sobre la usura, no debemos alejar del derecho común, sin compensación, toda obra formada en el transcurso de los siglos para proteger adecuadamente de las exorbitantes exigencias de los acreedores, la explotación de la necesidad y de la irreflexión, contra la inicua dureza de las deudas opresoras²⁶. Nosotros no podemos prescindir

²⁴ Derecho germánico. Mantenerse en prisión en un lugar designado de antemano, hasta el pago de una deuda. (*N. del T.*)

²⁵ Véase el Proyecto alemán, § 350.

²⁶ El Proyecto deja a un lado, entre otros, el derecho irrenunciable de revocación del deudor, de pedir legalmente la revocación cuando excede el interés del tipo del 6 por 100; la exclusión de la pretensión de intereses acumulados sobre el importe de los capitales; la prohibición de convenios de intereses atrasados; la limitación de descuentos previos de intereses; toda limitación a la elevación de las penas convencionales puede ser exigida independientemente, además de lo cual, se puede exigir también la indemnización de perjuicio mayor; la *lex Anastasiana*; la impugnación a causa de la *laesio enormis*; la restricción de comprar los frutos sin levantar; la disminución de la merced en el arrendamiento a causa de esterilidad; el *beneficium competentiae* aun para el donante; toda graduación del deber de

de toda o de casi toda garantía, como intenta el Proyecto alemán, ante los más precipitados e irreflexivos vínculos que se establecen en forma escrita, para negocios jurídicos particularmente peligrosos²⁷. No podemos introducir y dotar con fuerza incondicional obligatoria, como el Proyecto alemán nuevamente idea, las promesas de deudas abstractas y aceptaciones de consignación de contenido más discrecional, en formas sencillas escritas, junto a la capacidad general contractual, verdaderamente suficiente reflexiva para las relaciones civiles acostumbradas, aún para los más elásticos actos formales, jurídico-mercantiles²⁸. Un derecho de crédito que como relación de libertad y seguridad no conozca ningún punto de vista más elevado, deja indefenso en maños del hombre de negocios de mala fe, al inexperto en ellos; al pequeño burgués y al aldeano, en las de los grandes empresarios; al trabajador en las del capitalista²⁹.

Las ideas sociales, contra un semejante derecho contractual, aumentan inconmensurablemente al querer no solamente que dominen en las relaciones aisladas de tráfico que nacen y se extinguen en más libre movilidad; sino que se apliquen también a las relaciones convencionales, fundadas en vínculos permanentes. El derecho de obligación aquí penetra, parte en el derecho real, y parte en el derecho personal; En el primer concepto, como ya hemos dicho; el germen *jurídico real* en la obligación, no debe ser

indemnizar según el grado de culpa. Señala el interés de usura, en el caso de ser los intereses convenidos inferiores, en el 5 por 100; en cambio cuando el tipo es más elevado, lo fija al tipo actual; permite que durante el procedimiento se devenguen otra vez intereses, y tolera en cambio la liquidación de intereses más elevados. Da una desmesurada extensión al derecho legal de prenda del alquilador y del arrendador. Al beneficio del alquiler, al abuso del préstamo de animales, a los negocios de pago y a los contratos de préstamo de muebles, no opone ninguna, prescripción, y permanece impasible ante el previsto eludimiento de la prohibición del derecho de prenda sin garantía sobre muebles y ante la *lex commissoria* mediante transmisión estipulada de la propiedad.

²⁷ El Proyecto no exceptúa siquiera la fianza, de la libertad de formas de los contratos; mientras que aquí, como en todas partes, prescinde de toda protección a las mujeres y los menores de edad.

²⁸ Compárese sobre esto mi artículo en los *Anales de Schmöller*, tomo XIII, página 217 y siguientes. Sobre la separación corriente de los actos causales, de los actos formales abstractos, véase *Strohal en el Jahrbuch de Ihering*, tomo XXVII, páginas 335-462.

²⁹ Contra el espíritu del derecho de crédito del Proyecto, véase también BÄRH, en la revista *Kritische Vierteljahresschrift*, tomo XXX, tomo XXX, páginas 567-568, y HARTMANN, en la *Civilgesetzgebung dass Aequitätsprincip und die Richterstellung*, en el *Archiv für civ. Praxis*, tomo LXXIII, páginas 309-407.

sofocado a causa de una neta separación. Cuanto atañe, sin embargo, al aspecto *jurídico-personal*, donde la personalidad misma sea comprendida por el vínculo convencional, un sano Derecho privado debe poner en el centro, el concepto de la personalidad. Esto concierne en primer término a la regulación del *contrato de servicios*, en tanto que él produce, no un contacto pasajero, mediante prestación de servicios aislados, sino que clasifique a toda la humanidad en una relación final y en una vocación de vida. Es inconcebible que en esto permanezcamos ateniéndonos perpetuamente al esquema del arrendamiento de servicios, formado según el modelo de arrendamiento de cosas, y que tiene sus raíces en el derecho de esclavitud romano.

Con el acceso convencional a la comunidad doméstica, da comienzo el derecho de familia; con la entrada en una empresa comercial, empieza a dominar imperiosamente el *derecho social industrial*. Pero de esto trataremos más adelante.

Antes, volvamos la vista al *dogma de la voluntad*, para aclarar con algunas palabras el anverso de la fuerza creadora jurídica de la voluntad individual. Según la íntima esencia del Derecho privado, la voluntad activa, jurídico legítima, no solamente debe producir los efectos jurídicos queridos; sino que también *la voluntad culpable violadora del derecho*, produce relaciones jurídicas no queridas. La obligación jurídico-privada de indemnizar, por razón de delito, es la idea esencial del derecho. Ahora bien, es por otra parte una aberración románico-individualista y un desconocimiento de la misión social del Derecho privado, pretender construir, dentro del concepto del delito, todas las reglas de derecho relativas a la indemnización³⁰.

No podemos prescindir del principio fundamental germánico de responsabilidad de daño, por sólo haberlo producido. Si bien es cierto que el autor de la violación jurídica puede no incurrir en verdadera culpa, el perjudicado es más inocente aún. La justicia compensadora exige la nivelación (*Ueberwälzung*) de los resultados, mientras esto sea posible y no conduzca, por el lado opuesto, a inicuas severidades. Por esto también, el que obra sin discernimiento, el demente, el ebrio, el niño, debe reparar con su patrimonio el daño causado, en tanto no llegue a privársele de medios

³⁰ Compárese el escrito citado de Mataja y su crítica del Proyecto, en el *Archiv. für bürgerliche, Recht...*, tomo I, página 267 y siguientes; y mi artículo en los *Anales de Schmöller*, tomo XIII, página 247 y siguientes.

proporcionados para su subsistencia. Y por esto, el propietario de una cosa, de un animal, de una explotación, debe responder antes que nadie de los daños que, por lo especialmente peligrosa, resultan para otros, de una semejante propiedad. Nada infunde ideas más antisociales como el permitir disfrutar de todas las ventajas a una propiedad, peligrosa para el prójimo, sin la obligación de soportar el riesgo correspondiente³¹.

Nosotros necesitamos, además, de una *responsabilidad por culpa ajena*, más amplia, no sólo en las relaciones contractuales, tan luego como alguien se sirve de otro como instrumento; sino a más de esto, siempre que una asociación humana entra en el mundo exterior como unidad representada por un jefe, tras del cual desaparecen los individuos asociados.

La responsabilidad del dueño de la casa, por lo perteneciente a ella; la responsabilidad del dueño de un negocio, por sus empleados; no son ningún quebrantamiento anómalo de las ideas jurídicas, sino postulados de la justicia social, cuyo cumplimiento, dentro de límites cuidadosamente medidos y calculados, constituye una misión importante del futuro Derecho privado³².

Hasta ahora, he hablado solamente de la misión social del Derecho privado, en el campo del puro *derecho patrimonial*. Empero no hay error más peligroso que la idea muy divulgada, de que la misión del Derecho privado está limitada al derecho patrimonial. El patrimonio existe solamente por razón de la persona; y antes, y sobre toda relación jurídico patrimonial, está el *derecho de la personalidad*. El Derecho privado, con los medios de que dispone, ha de garantizar y proteger, en primer término, la personalidad del hombre individual; ha de reconocer y limitar los derechos de la perso-

³¹ El Proyecto alemán no se da cuenta de todo esto: rompe con el antiquísimo derecho ario respecto a la responsabilidad del daño causado por los animales; la responsabilidad por hundimiento de obra, la funda solamente en la culpa, y reconoce solamente una presunción de culpa; en un único caso (por *effusum vel dejectum*); más sabias, son, sin embargo, las legislaciones modernas. Solamente hay que significar aquí, que se justifica también por la misma idea la responsabilidad de la causada por error, o dolo; la declaración en chanza y la responsabilidad del *falsus procurator* (comp. mi escrito, *loc. cit.*, tomo XII, págs. 1.252 y 1.255); que en esto se funda también el deber de indemnizar por expropiación forzosa; que de aquí resulta el deber jurídico del Estado de indemnizar al inocentemente condenado o preso (comp. mi *Genossenschaftstheorie*, etc., pág. 807 y siguientes).

³² El Proyecto alemán, regula convenientemente la responsabilidad por otro, en las relaciones contractuales; sin embargo, fuera de esto, sólo reconoce la responsabilidad del fondista para con su clientela. Todo lo demás, continúa siendo derecho especial.

nalidad (derechos sobre la propia persona), en su general y común forma de aparición, en su expresión especial condicionada, por pertenecer a una determinada clase social y en su estructura trabajada individualmente, o adquirida de otra manera; ha de unir en su violación, a las consecuencias penales, las obligaciones jurídico civiles de restauración y compensación³³. La parte fundamental de nuestro Derecho privado, debía constituir un derecho completo de la persona. La dogmática romanista está muy lejos de esto para poder apreciarlo, y por eso, tanto el Proyecto alemán como el sistema de Pandectas, dedican poco espacio al derecho de la persona. Los derechos más elevados de la personalidad, el derecho a la vida, al cuerpo a la libertad, al honor, se expresan hoy, por lo general sólo tímidamente y no sin mezcla de ficción, como parte integrante de la esfera del Derecho privado, y quedan imperfectamente protegidos. Otros atributos de la personalidad están por completo desprovistos de protección jurídico-privada; en tanto que sólo excepcionalmente garantiza una exigencia de indemnización de perjuicios inmateriales³⁴; la legislación es deficiente allí donde se hieren intereses ideales valiosos de cultura, frecuentemente tan elevados como cualquier interés patrimonial. El Derecho privado común no acierta hoy todavía a dar expresión y valor al derecho al nombre y a otros caracteres de la personalidad, que ha desarrollado adecuadamente el derecho mercantil e industrial, en el derecho a la firma y a la marca. Y aquellos derechos que tienen su raíz en el derecho de la personalidad, pero que sin embargo despliegan en el derecho un contenido jurídico-patrimonial, como el derecho a las creaciones del espíritu, el derecho de autor y el del inventor, que han abierto al individuo y a la civilización una nueva fuente de poder, ¡se destierran por lo menos del Derecho privado «puro» y de su horizonte!

El Derecho privado, no se ocupa solo de la personalidad aislada y de sus relaciones con el mundo exterior, que conservan intacto su aislamiento, sino que juntamente abarca también *vínculos jurídico-personales permanentes*, en los cuales el individuo se identifica con una parte de su ser. ¡Y cuán radicalmente se separan en esto las ideas jurídico-romanas, de las germanas; la ordenación individualista, de la social!

³³ Compárense las observaciones atinadas de la obra de LISZT, *die Grenzlinien zwischen Privatrecht und Strafrecht*, etc. (cuaderno 5.º de la Contribución para comentar y criticar el proyecto de Bekker y Fischer), página 5 y siguientes.

³⁴ Sobre la posición del Proyecto alemán acerca de esta cuestión, compárense mi escrito en el *Jahrb. de Schmöller*, tomo XIII, página 194 y siguientes.

Todo el derecho de familia es Derecho privado³⁵. Empero, el derecho de familia no podrá jamás cumplir su gran misión social, o sea la conservación y afirmación de la unidad fundamental del cuerpo social; si según el esquema romanista, se edifica sobre la soberanía del *individuo*; si se descompone en derechos particulares a personas ajenas, en derechos reales y relaciones de crédito ligadas mecánicamente; si se desarrolla como simple derecho individual complicado, y no como el germen (*Keinzelle*) de todo derecho social. Un derecho de familia semejante, es el que ofrece el Proyecto alemán. Nosotros, sin embargo, necesitamos un derecho de familia que arranque del espíritu de derecho de *familia* alemán; que mida y deduzca del concepto principal de su unidad orgánica los derechos y deberes *personales* de la cabeza y los miembros; que exprese las relaciones jurídico-patrimoniales entre los miembros de la familia, de un modo completo como emanación de unión jurídico-personal. Nuestro derecho matrimonial, derecho patrimonial, inclusive; debe estar cimentado en la idea de *unidad y comunidad*, de modo que conservando el derecho especial de cada parte, en la esfera de la comunidad matrimonial, gobierne a los cónyuges confundidos en la unidad, representada por el hombre, como jefe gobernante y representante; y por la mujer, como señora cogobernante y correpresentante, y por ambos esposos, en lo que atañe profundamente al orden familiar. En todo cambio de forma no debemos romper con las tres grandes ideas jurídico-germánicas de *mundium* marital, dirección conjunta del matrimonio (*ehelichen gesammten Hand*), dirección femenina del hogar (*eheweiblichen Schlüsselgewalt*). Y en todo sistema jurídico matrimonial de bienes, cuyos tipos fundamentales no podemos barrer sin atentar positivamente a la profunda y arraigada conciencia jurídica y a las costumbres nacionales, debemos dar la preferencia a la idea de comunidad³⁶. Nuestro

³⁵ El pensamiento romano debía llegar lógicamente, como es natural, a incluir solo en el Derecho privado el derecho patrimonial familiar (*Familiengüterrecht*); y en cambio en el derecho público el derecho personal de familia. Solamente que esta consecuencia que saca SOHM (*Institutionem*, 3.ª edición, pág. 94) (a), muestra sólo lo insostenible del fundamento del antecedente establecido.

(a) Hay traducción española de *La España Moderna*. (N. del T.).

³⁶ El Proyecto alemán hace lo contrario; su derecho matrimonial de bienes; y en particular su sistema legal de bienes, está calculado en la exclusión de la ordenación común de bienes; emana del principio de la separación, crea un conjunto inexplicable de exigencias aisladas de esposo contra esposa y parece querer provocar entre marido y mujer un complicado comercio de actos jurídicos y procesales.

derecho de paternidad y filiación se debe cimentar en la unidad y comunidad de la *casa*, y no desunir, sino robustecer, la más íntima y más viva unión, que también hoy, a pesar de todas las tormentas, constituye el más firme apoyo de la sociedad. Una vigorosa *patria potestad* templada, pero con serios deberes, como derecho paterno común; con la cooperación de la madre, pero manejada por el padre, y por impedimento o desaparición del padre, ejercida por la madre, en forma más limitada; comprendiendo juntamente con el patrimonio general de la casa, el patrimonio eventual del hijo, y el patrimonio paterno, para disfrutarlo y administrarlo juntamente; extinguiéndose con la comunidad doméstica (*Hausgemeinschaft*), y no antes, es lo que debe permanecer como intangible núcleo de nuestro derecho familiar, o debe serlo de nuevo³⁷. Donde la protección de la familia sea insuficiente o se vuelva en su daño, el Municipio debe proteger al pupilo y al incapaz, completándola o ayudándola. En la sociedad actual, sumamente descompuesta, la tutela superior pública necesita facultades fortísimas, amplísimos derechos, coacción vigilada. Jamás, empero, debe destronar la familia; jamás debe acabar sin necesidad con los antiquísimos y sagrados derechos del padre y de la madre. Y donde entre en funciones el *tutor*, en el lugar del *mundial* nato, allí, no obstante, debemos tener en cuenta, y a pesar de todo el cuidado y vigilancia públicas, que la tutela, como principio de poder de protección dado por la naturaleza, tiene sus más profundas raíces y su más segura garantía en la conexión con el derecho de familia.

El *derecho de sucesión*, según las ideas germánicas, está fundado en el derecho de familia; mientras que las ideas romanas, cimentan todo el derecho de sucesión sobre la voluntad manifiesta o presunta que surte sus efectos más allá de la muerte. Hemos acogido en nuestra conciencia y en parte en nuestras costumbres, la libertad de testar romana, y no podemos romper con ella. ¡Empero, si no queremos poner en cuestión el porvenir entero

³⁷ El Proyecto alemán no conoce la comunidad de casa; hasta la «conservada comunidad de bienes», la separa de la idea de comunidad de casa. Su «*patria potestad*» es derecho parcial del padre o de la madre, igualmente medidos en ambos casos. El usufructo y administración de los padres arranca, en parte principal, del poder paterno, y el de alimentos, completamente del deber paterno. Modela este poder, emanado de Dios, según el tipo de la tutela pública tradicional, el *Mundium* germánico, confundéndolo en la moderna tutela. Y lógicamente la da por terminada con la mayoría de edad; de modo que, si por un matrimonio anterior a, esta continúa existiendo, cesa, en cambio, permaneciendo en la casa hijos mayores de edad.

del derecho de sucesión, jamás debemos construirlo, partiendo de la voluntad individual. Antes bien, debemos atenernos a las ideas fundamentales nacionales, no quebrantadas en la conciencia pública, de que lo primero es la sucesión legal, basada en la conexión jurídico-personal; que la fuerza dispositiva concedida a la voluntad individual, sólo tiene por objeto formar concretamente las reglas legales y suplirlas en casos particulares, a reserva de ciertos límites infranqueables, mediante un orden más adecuado según las circunstancias. La interna e imperecedera justificación del derecho hereditario, yace sólo en la realización de la sucesión de generaciones, impuesta por el movimiento natural de la familia; en la entrada de los individuos en el lugar que ha quedado vacante en virtud de la desmembración del cuerpo social: en esto yace asimismo la incomparablemente preciosa función social del derecho hereditario. Con esto adquiriremos también el verdadero sentido para las necesidades de una sucesión particular en la propiedad, y la capacidad para conformarlas adecuadamente en instituciones jurídicas viables. Al mismo tiempo sacudiremos también el yugo de la exageración del derecho de sucesión extendido a lo infinito, y más allá del grado de parentesco, dentro del cual, conforme a la experiencia, la conexión de la familia agota su fuerza orgánica, permitiendo que vuelvan los patrimonios a la comunidad³⁸.

Además de los lazos naturales de familia, el Derecho privado tiene que regular también las uniones formadas, cuya naturaleza solo puede ser calculada cuando se concibe y moldea como estructura jurídico-personal.

En primer lugar, en la vida actual, las *asociaciones de dominación* desempeñan un papel que no pueden desaparecer, por aparentar que no se ven. Una *asociación* de dominación (*Herrschaftsverbände*) nace de la ampliación de la *comunidad doméstica* (*Hausgemeinschaft*), mediante los domésticos y la servidumbre más elevada. Por eso aquí no basta el simple derecho de obligación, sino que es menester que se cumpla y reforme mediante principios jurídico-familiares. Nuestro derecho relativo a los domésticos, ha respondido a este pensamiento, hasta ahora, afortunadamente, con bastante energía, a pesar de todos los ataques de las teorías abstractas;

³⁸ En el Proyecto alemán también, está fundamentada por lo general, romanística e individualmente, el derecho de sucesión. Coloca delante las disposiciones *mortis causa*, exagera los principios de la sucesión universal, especialmente al suprimir el legado de vindicación, reduce a una obligación pecuniaria el derecho de legítima y extiende al infinito la sucesión de los parientes; proscribela sucesión particular jurídico-alemana.

justamente por este motivo quiere desterrarlo el Proyecto alemán del «puro» Derecho privado, ya que lo relega al *Landrecht*. La relación jurídica de los servidores domésticos más elevados (profesores y profesoras «*Gesellschafterinnen*», señoritas de compañía, etc.), se regulan hoy todavía en el *Landrecht* prusiano, mediante disposiciones especiales, en el derecho de familia; el Proyecto alemán quiere someter a sus insignificantes disposiciones sobre el contrato de servicios a esta importante clase, digna y necesitada de protección. Hoy son en verdad, sin embargo, asociaciones de dominación jurídica-privada, pequeñas y grandes, que en parte se han desarrollado excesivamente, las que aparecen en forma de empresa como principales apoyos de nuestra vida económica. ¿Por qué no confesar este hecho innegable? ¿Es que vamos a lograr, manteniendo todavía esta ficción de nuestro sistema jurídico, que esto no vaya más allá de una suma de relaciones individuales jurídicas obligatorias entre individuos libres e iguales? Deje, efectivamente poco o mucho margen la fuerza obligatoria de las relaciones, a la resolución libre; jurídicamente, siempre queda, sin embargo, el libre contrato, que liga y desliga a los individuos. Sin embargo, este contrato, no solamente engendra una relación particular de crédito, sino que incorpora la personalidad misma a un organismo económico. Una unión semejante se presenta interna y exteriormente como un conjunto organizado monárquicamente, del cual es único sostén el empresario y miembros servidores de él, los empleados y trabajadores. Todo nuestro moderno derecho mercantil e industrial ha desenvuelto, en más o en menos, una multitud de corolarios que tienen su fundamento en los inconfesados supuestos de la existencia de una unidad de asociación. Aquí radica la responsabilidad en lo exterior, del jefe de empresa (*Haftpflicht*, deber de responsabilidad); aquí radica la formación jurídica bajo un contenido moral de la relación, colocado bajo la fiscalización pública y realizado mediante la coacción del Estado (garantía contra la debilitación de la personalidad, contra la explotación de los débiles, contra la disolución de la familia, y el deber de protección). El grandioso ensayo, felizmente realizado también en Austria, de la legislación imperial alemana, mediante una organización general, para asegurar a las clases obreras contra la miseria por enfermedad, carencia de ocupación, vejez o inutilidad, fluctuará insubsistente en el aire, si cuenta con individuos sueltos y no cuenta con individuos asociados. Toda futura legislación político-social, únicamente tendrá que exponer más claramente y desarrollar cada vez más la idea, de que la moderna empresa de negocios es una relación

jurídico-personal. ¿Realizaría positivamente el Derecho privado común su misión, si a semejanza del avestruz que oculta la cabeza en el bosque, perseverase en el mentido esquema del puro derecho de obligación del individualismo estricto y escueto?

Nuestro *derecho de comunidades y asociaciones* eleva a una plenitud de formas superiores a los tipos individualísticos de la sociedad romana y de la comunidad romanista, a comunidades y asociaciones jurídico-personales, en las cuales se mezcla hasta cierto punto la personalidad individual con otras personalidades; y una unidad de personalidades así formada la pone en acción en el interior y en el exterior como portadora de una esfera total. Trátase nuevamente ahora de un pensamiento jurídico-germánico lleno de vida en la *sociedad jurídico-alemana*, que ha encontrado su más fuerte impulso en la asociación mercantil y está personificado en la *comunidad jurídico-alemana (zur gesammte Hand)*. Un Derecho privado que comprenda su misión social, no concluirá, como hace el Proyecto alemán, con obligaciones de sociedad y relaciones de comunidad, sino que recibirá en su cuadro y normará conforme a su verdadera esencia, las íntimas y fuertes formas de comunidad y asociación del derecho nacional³⁹.

Aparte de esto, el Derecho privado abarca la obra completa y la vida interna y externa de innumerables asociaciones, que, como toda *persona social* desarrollada, llevan una existencia autónoma. Así como el Estado estima como establecimiento (*Anstalten*) y corporaciones (*Körperschaften*) públicas e incorpora en todo o en parte, al derecho público, ciertos establecimientos y corporaciones; remite al Derecho privado las fundaciones y todas las asociaciones, y sociedades tratadas, como corporaciones jurídico-privadas. Aquí el Derecho privado despójase del carácter de derecho individual, para penetrar en el Derecho social. Por esto no solamente tiene que dedicarse a individuos asociados, sino ocuparse de seres de más compleja organización que, como permanente y duraderos sostenes de una unidad de voluntad social, se dediquen al cumplimiento de un fin de vida propio.

³⁹ El Proyecto alemán construye por completo la asociación en el sentido de la sociedad (*societas*) romana, y permite cubrirse con el manto de la asociación mercantil pública, sólo aquellas asociaciones cuyo fin es el lucro, en caso de que no pueda vivir con tal derecho; realiza, en la comunidad, con todo rigor, el principio de la participación de beneficios separados simplemente, con la única excepción de la comunidad de bienes matrimonial y con la inclusión de la comunidad entre de herederos.

Por esto comienza aquí una nueva y completa serie de conceptos jurídicos-específicos y relaciones jurídicas, que ningún modelo tiene en el fondo del Derecho individual; al contrario, realizan ya en el Derecho privado aquel mundo de pensamiento, en el que se levanta el Derecho público. En las *fundaciones*, surgen por actos de voluntad individuales, organismo o institutos permanentes, que administran y emplean un patrimonio individual, convertido en patrimonio social, para fines de utilidad común. Las *uniones y asociaciones* se componen de individuos; desarrollan voluntad, sentimientos y vida comunes, y ayudan en variedad ilimitada, con fuerzas distintas, a los inasequibles ideales y materiales fines de la vida humana. Querer pintar a ustedes el valor social de la asociación, sería lo mismo que «llevar leña al monte» (*hiesze Eulen nach Athen tragen*). Sin embargo, ¿cumple nuestro Derecho privado la misión importante que le cabe aquí en suerte? Seguramente en innumerables leyes especiales, para formas de asociación aislada. Sólo que a las doctrinas fundamentales del Derecho privado común, acompaña siempre la oscura quimera de la *persona ficta*, para desfigurar y mutilar la idea de comunidad, hasta quedar sólo un tipo individualístico, una persona artificial entre personas naturales, que representa como un niño o un demente, criaturas incapaces de actos y voluntad, contraponiéndola en toda relación jurídica, a los miembros, a la manera de un tercero.

Y en armonía con esto, el Derecho privado todavía se niega, sin autorización especial de la limosna de esta fingida personalidad, a reconocer en el campo del Derecho patrimonial, la forma de unión que vive y obra de un modo completo y legítimamente por razón del Derecho público. Con rigidez especial maneja de nuevo el Proyecto alemán, en su mezquino derecho de corporación, el dogma romanista-individualista, y dificulta con esto el libre incesante desarrollo de los estímulos de formación societarios, cuyo cuidado compete a la misión más alta de nuestro Derecho privado.

Pues en la salud y robustez de las formas intermedias entre individuo y comunidad, descansa la resistencia de los cuerpos sociales contra los peligros internos y externos. Sirve inmediatamente a la idea social, lo que presta, pues, el Derecho privado en esta múltiple graduada elevación, desde el individuo existente por sí, a la comunidad organizada; venciendo la separación de los hombres mediante su unión y al mismo tiempo completando y corrigiendo el sistema de patrimonio individual, mediante formas matizadas varias del patrimonio común y colectivas.

Por último, el oficio del Derecho privado llega también a la esfera del *Derecho público*. El Derecho privado comprende la asociación de personas jurídico-públicas y al mismo Estado, en tanto que depone su majestad y entra en el campo de la relación jurídico-individual, particularmente en las relaciones patrimoniales. Y el Derecho público entrelaza elementos jurídico-privados en su formación, de manera que brotan facultades y obligaciones jurídico-privadas de la constitución y fenómenos de la vida ordinaria de los institutos y corporaciones públicas y del mismo Estado⁴⁰. Derecho privado y Derecho público son precisamente hijos de una misma madre, que a la verdad, persiguen un uno y mismo oficio; pero no como hermanos hostiles que aspiren a ello separadamente, sino a la postre, concurrendo siempre en el trabajo para la obra común.

Solamente en esbozo ligero podría yo trazar una pintura de la misión social de nuestro actual Derecho privado. El problema es arduo y grande; podría resolverse sin embargo, si no se abandona la herencia de nuestros padres. Nuestro Derecho privado será social o no será. Seguramente que un lejano porvenir lo confirmará; pues sólo lentamente se efectúan con toda fuerza y constancia los efectos sociales del Derecho privado que se producen de la acumulación de millones de pequeños efectos aislados; nuestros remotos nietos disfrutarán las prosperidades o desgracias de un nuevo derecho de familia o de sucesión: precisamente en esto está la inmensa responsabilidad que pesa sobre nuestra época presente. Todos los pueblos cultos tienen participación en ello; sin embargo, en este instante, ningún pueblo como el alemán tiene misión más elevada y deberes más serios. Si la legislación civil del Imperio alemán debe resolver, para mucho tiempo, sobre la suerte, en su patria primitiva, del pensamiento jurídico

⁴⁰ En mi libro sobre *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, he investigado este fenómeno. Los derechos y deberes particulares, enlazados con la cualidad de miembro, o una posición de órgano en un municipio, comunidad u otra institución o corporación jurídico-privada, forma una categoría conveniente. Pueden indicarse las relaciones del Estado a causa de las pretensiones jurídico-patrimoniales de los empleados, del deber de indemnización por expropiación forzosa, del deber de indemnización de los Estados por el abuso del derecho de soberanía, mediante sus órganos. Piénsese también, en el Derecho privado de los príncipes. Compárese también el tratado de A. MENZEL *die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken- und Unfallversicherung der Arbeiter*, *Archiv. für bürgerliches Recht*, tomo I, página 327 y siguientes, que en todo caso, y en la página 822, ha dado su asentimiento y hecho observaciones generales acerca de la remisión de estas pretensiones al Derecho privado.

germánico, esto no podrá sorprender aquí en la Austria alemana. Pero si sería creíble que le fuese quizá algo extraño, por lo que toca al porvenir del espíritu alemán. Demuestra lo contrario la briosa participación con que ustedes prosiguen, dentro de sus límites, la obra de la codificación; ustedes comprenden y perciben que es cosa suya también, una cosa alemana de tanto alcance. En este sentido debo hacerles encarecidamente el ruego de que cooperen al penoso trabajo que ha de realizarse aún, a fin de que se constituya en el Imperio alemán un Derecho privado común social alemán.

II

LA NATURALEZA DE LAS ASOCIACIONES HUMANAS

Discurso pronunciado en el acto de la toma de posesión del Rectorado de la Universidad de Berlín, el día 15 de octubre de 1902

RESPETABLE ASAMBLEA, DIGNOS COLEGAS Y QUERIDOS CAMARADAS:

Según costumbre antigua, debo dar testimonio solemne de la toma de posesión del cargo que se me ha confiado, con un discurso sobre una rama científica. Traigo una rama de la ciencia, ante la comunidad de sus hermanas, considerando lo que ha recibido de ellas, y lo que ellas puedan suministrarle; así se ingerirán, involuntariamente, en las cuestiones supremos por cuya solución luchamos. Tales cuestiones son, ante todo, en las que se impone el conocimiento de la conexión de la unidad de todas las ciencias; donde se evidencia, que los límites de las ciencias particulares, solamente son límites en lo interior de la inconmensurable riqueza de una ciencia; dentro de los cuales empero, cada ciencia particular, también viene en conocimiento de los límites comunes a todo saber humano, cuando tropieza con los límites infranqueables que despiadadamente cierran el paso a nuestro conocimiento, para la riqueza del saber y la verdad eternas, que se ocultan detrás del mundo fenoménico.

Por eso invito a ustedes hoy al examen de un problema fundamental que surge en la ciencia jurídica, el cual radica en lo profundo de toda ciencia del espíritu, y no deja de guardar relación con las ciencias naturales. Hago esto, a impulso de una conocida fuerza interior, porque este problema ha sido el punto de mira y ha constituido la clave de los trabajos de mi vida científica. Me refiero al problema de la unidad de los vínculos humanos; la cuestión del carácter de todas las formaciones excesivamente heterogéneas, que posponemos a la característica de los cuerpos sociales y al cual atribuimos un carácter común, del cual participan, tanto el Estado

y la Iglesia, como las más modestas comunidades y las disueltas corporaciones.

La ciencia del Derecho necesita ocuparse, con doble motivo, de la naturaleza de las comunidades humanas. De un lado, es el Derecho una parte de la vida social; por esto la ciencia del Derecho no puede tratar del origen de éste, sin profundizar en la sociedad que lo produce; necesita responder a la cuestión, que surge inmediatamente, sobre si el Estado es únicamente el que crea Derecho, o si también lo crea cualquiera otra sociedad, en forma de precepto autónomo, o si también lo crea una sociedad no organizada en forma de Derecho consuetudinario; debe además descubrir la posición de los miembros en la producción del Derecho; por último, ha de poner en claro la relación entre el aspecto interno y externo, y entre la declaración de razón y los actos de voluntad, en el proceso de la producción del Derecho. Después, si persigue la vida de éste, deberá investigar, paso a paso, su función en la vida total de la sociedad, y en su relación con las restantes funciones de esta vida común. Claro está que semejante misión no puede resolverse sin poner por base un concepto determinado de la naturaleza de la sociedad humana. Sin embargo, el concepto de sociedad no constituye para ella un fin de conocimiento independiente, sino únicamente un medio para llegar a la inteligencia de la esencia del derecho. Por eso no quiero ir hoy por este camino, sino seguir otro, en el cual surge para la ciencia del Derecho el problema de la Sociedad. Decía poco ha, que el Derecho es una parte de la vida social, y ahora tengo que añadir que la ordenación de vida de la sociedad es una parte del Derecho. La ordenación jurídica, no sólo abraza las relaciones externas de la vida del individuo, sino que también regula la vida del Estado, la de la Iglesia, la de los municipios y la de las asociaciones. Y frente a todas estas asociaciones, el derecho no se concreta como frente al individuo, con normas para la conducta exterior, no; domina y penetra también su vida interna. Por ello, aquí, la esencia del vínculo no es para el derecho una cuestión previa, sino capital, pues para comprender y dignificar la parte de Derecho que se da como ordenación de vida de las sociedades, hay que intentar averiguar qué es verdaderamente lo que penetra en el Derecho, y que es lo que de él recibe su ordenación.

Nuestro derecho positivo trata conocidamente de las sociedades organizadas, en tanto que, en general, las reconoce como tales entidades singulares, a las cuales atribuye personalidad. Se las califica de «personas jurídicas»; son sujetos de derechos y deberes al igual de las personas físicas. Esto es indiscutible; las dudas únicamente comienzan al preguntar por el

fundamento real de este fenómeno jurídico: aquí se dividen las teorías jurídicas.

Largo tiempo lleva dominando, y es hoy todavía opinión arraigada entre los principales partidarios de la concepción social individualista, la de que las personas jurídicas son una ficción creada por el Derecho para un fin determinado; ¡una supuesta unidad! ¡Una creación sacada de la nada! La realidad, se dice muestra únicamente hombres individuales, como unidades subjetivas aisladas, independientes y distintas de los demás: toda asociación no es en sí más que una suma de hombres individuales, que se encuentran en determinadas relaciones entre sí, a las cuales puede atribuírseles toda la unidad que se quiera, desde el punto de vista objetivo, pero que en realidad carecen, por todos conceptos, de aquella unidad espiritual-corporal, a causa de la cual el individuo es por naturaleza apto y está llamado a ser sujeto de derecho. A la persona individual se la reconoce personalidad, porque es un ser voluntario y libre; las asociaciones, como tales, no pueden querer ni obrar. La realidad es así; ¡pero qué cosa más rara! El derecho puede no satisfacerse con esta realidad. La verdad es que el derecho necesita de órganos (*Träger*) unitarios para la suma de facultades y deberes constituidos para los intereses comunes; necesita de puntos centrales de enlace (*Anknüpfungspunkte*) para los círculos sociales sustraídos a la esfera de poder del individuo. Por eso él hace uso de la soberanía en su propio terreno, y sírvese del socorrido medio de la ficción para crearse las unidades sociales subjetivas que necesita. ¡La persona jurídica es una persona ficticia! No quiero entrar ahora en todos los matices de las modalidades de la teoría. La teoría de la ficción, en su forma más escueta, explica el nuevo sujeto de derecho, por un individuo artificial que, semejante a un tercero cualquiera entra en completo aislamiento, junto a las personas naturales asociadas, llevando, sin embargo, una existencia oscura, como simple ente de razón, asemejándose en la capacidad de querer y obrar al niño, o más bien al loco incurable, que sólo adquiere una capacidad de obrar prestada, mediante la representación tutelar que le procuran las personas naturales. Por otra parte, desaparece para la ficción el tinte poético de la creación del *homunculus* (*Homunkulus-Schöpfung*). Ella quiere significar únicamente que acaso se trate como si fuere una persona, lo que no es más que una impersonalidad, o que debe hacer que en el derecho surta efectos como unidad, lo que no es más que una pluralidad. Sin embargo, como la ficción puede ser atenuada o velada, dicho se está que la personalidad de la asociación se realiza únicamente por medio de una creación artificial del

Derecho, en virtud de la cual adquieren para el Derecho un valor que en realidad no tienen.

Claro está que la crítica sensata se rebela contra semejante modo de pensar. Así se escucha el grito de ¡abajo las personas jurídicas! En el mundo jurídico, que todavía es un mundo real, ¿qué hacemos con este fantasma exangüe, que junto al hombre corporal aparece como un espantajo adornado con forma humana? Está bien; hagamos honor a la realidad; ¿pero qué colocamos en su lugar? Se ha inventado lo del patrimonio para un fin, sin sujeto; pero con ello no se hace otra cosa que cambiar de forma la ficción. Como un derecho sin sujeto es una contradicción, se hace entrar al fin como sujeto ficticio. El último paso es atrevido. Los individuos humanos son las únicas entidades dotadas de voluntad; de modo que también son los únicos que pueden ser sujetos de derechos y deberes. A lo sumo, todo el Derecho social es derecho común de muchos; y toda organización social no es más que una red tupida de relaciones entre individuos. Consecuente la doctrina individualista, no podía pasar por alto simplemente, en el Derecho privado, el concepto de la persona jurídica, porque aquí legalmente está establecida de un modo sólido; si bien se le atribuye sólo el valor de un medio auxiliar técnico, de un nombre colectivo, de una fórmula abreviada. En el Derecho público tenía libre el camino, y por eso los partidarios de esta idea fundamental, declaraban guerra a cuchillo, en el derecho político, al concepto de la personalidad del Estado, en que el nuevo derecho político creía haber encontrado su punto de apoyo. Efectivamente, en su aplicación natural al sujeto del más alto poder terrestre, tenía que aparecer particularmente inadmisibles la idea de la *persona ficta*. En último término, un ente de razón ficticio, ¿puede, a todo trance, tener pretensiones a la vida y bienes de la persona natural? ¿Debe el rey cumplir su elevada misión, como un tutor, a la manera como se precede con los dementes, incapaces de obrar? Los tribunales, ¿deben juzgar en nombre de un fantasma? Y sin embargo, no existiendo verdadera persona, fuera del individuo, el Estado, como tal, tampoco es más que una persona ficticia, caso de que efectivamente sea persona; y entonces el triunfo es para los que creen que, en general, hay que desterrar del Derecho político (*Staatsrecht*), la personalidad del Estado. El Estado es una situación, quizá una relación, acaso un objeto del derecho; pero no un sujeto de derecho. El sujeto del poder del Estado, es todo dominador (*Herrscher*), bien sea un hombre solo, bien una totalidad de hombres reunidos. Los demás sujetos están encargados de la representación del dominador. En el Estado constitucional, se

llama también a determinados sujetos, para que cooperen al ejercicio del poder del Estado. Los súbditos tienen garantizados sólidos derechos contra el dominador; pero la unidad de la muchedumbre, reglada jurídicamente, se realiza exclusivamente por medio de la posición de sujeto del dominador, detrás del cual no hay otro sujeto.

¿Es esta la substancia de la conclusión final, o, por el contrario, esta conclusión lógica de la concepción social individualística, precisamente en el Derecho político, no da a entender que carece de solidez el fundamento de toda la construcción? A mi juicio tiene que fracasar necesariamente el intento de privar al Estado de personalidad. La evolución histórica impide que triunfe: equivaldría a un paso atrás en el Derecho público y de consiguiente a un retroceso de la civilización. Los pueblos primitivos ignoran, como es natural, que el Estado se esconda tras los reyes y las asambleas populares: no conocen más que señores y colectividades visibles. Hoy mismo, la idea del Estado va unida al dominador y sus funcionarios, para los niños, los rústicos y tal cual señora culta. La construcción individualista del Estado vuelve aparentemente a este estado de inocencia sencilla. Para el grado elemental de conciencia de las edades primitivas, tan desconocidos les eran el individuo desprendido de la comunidad, como la universalidad independiente; frente a sus directores: también es desconocida todavía la personalidad individual. En general, falta el suficiente poder de abstracción para distinguir una de otra, en la posición jurídica de los hombres; lo que tiene su centro en su existencia individual, y lo que tiene su centro en la vida común. La substancia de la historia progresiva del Derecho, esta forma da por este proceso de diferenciación entre ambas clases de esferas jurídicas. En ella ha nacido el concepto de la personalidad individual, así como el concepto de la personalidad de la asociación y camina hacia su perfección. Sólo después de indecibles fatigas, y no sin frecuentes reacciones, triunfa en las cimas del pensamiento la idea de la personalidad autónoma del todo organizado. La personalidad del Estado amenaza continuamente desaparecer, bien en un dominador soberano, bien en una masa popular. Los campeones del absolutismo enseñaban lo que Luis XIV sintetizó en la breve fórmula: *L'Etat c'est moi* (Yo soy el Estado). Los apóstoles de la soberanía popular propendían a disolver el Estado en la suma de los ciudadanos. Sólo que, en definitiva, en la esfera del pensamiento surgía más fuerte y pura la idea de que el verdadero sujeto de la soberanía era precisamente el Estado inmortal. Ella fue la que henchía el alma del gran Federico, cuando a pesar de ser él un monarca absoluto, pronuncia aquellas memorables pa-

labras, de que el era el primer servidor del Estado. Ella llegó a ser el guía de la Jurisprudencia cuando creó el moderno Derecho político, con todas sus consecuencias de la unidad del Estado igual a sí mismo, duradera e indivisa en la sucesión de las generaciones y Constituciones. Ella desplegó por completo su fuerza creadora, cuando en el Estado de derecho (*Rechtsstaate*) y constitucional del siglo XIX, reclamó órganos populares para la cooperación reglada en el ejercicio del poder del Estado. Todas nuestras instituciones públicas, infiltradas y profundamente arraigadas en nuestra conciencia general, forman hoy una parte esencial de nuestra cultura, que no pueden arrebatarlos de nuevo ninguna deducción lógica.

Tampoco quieren retroceder las sociedades humanas: nosotros debíamos tolerarla aún cuando fuese un fantasma. Con su tenaz fuerza de resistencia, ¿no da acaso a entender ella misma, que no se trata en manera alguna de un fantasma, sino de seres vivos? El Derecho, al considerar a la sociedad organizada como persona, ¿se coloca en abierta oposición con la realidad, o no hace más que prestar a ésta su expresión adecuada? ¿Son, por ventura, las asociaciones humanas, entidades reales que al reconocerles el Derecho su personalidad positiva reciben sólo lo que responde a su naturaleza?

Esto me parece innegable, y creo que así deben contestar cuantos hayan roto con la concepción social individualista y consideren la vida humana social como una vida de ordenación más elevada, en la cual se coordinan las vidas individuales.

Desde que existe la ciencia del Estado y del Derecho, la concepción de que toda sociedad no es más que un agregado de individuos, lucha con aquella otra concepción que descubre en los cuerpos sociales un todo autónomo con esencia propia. En la filosofía antigua aspiró a la superioridad: la doctrina social de la Edad Media estaba impregnada de ella; no desapareció, aun cuando fue rudamente rechazada, desde que triunfó la teoría social jurídico-natural derivando toda existencia social de la reunión de individuos. Resucitó nuevamente, con fuerza, en la gran revolución que experimentaron las ideas sobre el Estado y el Derecho en el siglo XVIII. Para medir la profundidad del movimiento, se puede seguir, en sus diferentes estadios, el paso que dio Fichte con su doctrina social del individualismo jurídico natural puro, a la opinión de la realidad y valor propio de la comunidad. Desde entonces se ha extendido sólidamente el conocimiento científico de la realidad de la asociación: se ha abierto camino en el pensamiento filosófico desde Hegel a Wundt, en las doctrinas de

la escuela histórica; en las modernas ciencias de la historia de la cultura, de la psicología de los pueblos, y de la sociología, compendio de ellas. La victoria de las ideas evolucionistas en las ciencias naturales reaccionó sobre ella y la robusteció. Ciertamente no es esto una victoria completa, pero ya va columbrándose un poco, la concepción social de unidad. Además, eran y son desiguales las representaciones o ideas de la cualidad de las unidades superindividuales, acogidas por especulación metafísica, o combinadas con más o menos fantasía de la observación. Por una parte, fueron espiritualizadas, mientras que la realidad de las comunidades concretas (*universitates*) fue derribada con la realidad del concepto abstracto de especie, modelado según las doctrinal ideales de Platón; y por esto pudo incluirse en la destrucción del realismo por el nominalismo. Por otra parte, estaba tan sólidamente materializada, que era posible tratar los cuerpos sociales como simples cuerpos naturales, a la manera de un trozo de coral compuesto de varios pólipos. Queda todavía de notable, el que desde puntos de vista tan opuestos se descubra la realidad de las unidades sociales. No excluye esto la posibilidad de un engaño; solamente anima a introducir por el pronto, hipotéticamente, en el problema de la personalidad jurídica de la asociación, la unidad real de ésta.

De consiguiente, si admitimos que la sociedad ordenada jurídicamente es un todo, en el cual reside una unidad real; trataremos en lo sucesivo de descubrir en el Derecho, cómo debe ser condicionado este todo, y si se debe reflejar la realidad en el Derecho. El Derecho asigna personalidad a la asociación. Por esto debe ser una unidad de vida espiritual-corporal, igual al individuo, que quiere y puede traducir en actos lo querido. El Derecho, empero, regula e impregna juntamente la estructura y la vida interna de las asociaciones: por esto debe ser un ente vivo en oposición al individuo, en el cual sea accesible para la regulación las relaciones de la unidad del todo con la pluralidad de las partes, mediante normas externas para las voluntades humanas.

Estas son las teorías fundamentales de las cuales nace la llamada teoría orgánica: surge de la doctrina del Estado en la antigüedad, y de la doctrina social en la Edad Media; acompañó a todas las tentativas de victoria de las consecuencias finales atomístico-mecánicas, dentro del mundo de ideas jurídico-natural; no obstante, su completo desarrollo científico ha tenido lugar por vez primera en el siglo XIX, a impulso de las nuevas ideas acerca de la vida común humana.

La teoría orgánica considera como organismos sociales al Estado y demás asociaciones; por consiguiente, coloca la existencia del organismo total, del cual el hombre constituye una parte, por encima del organismo individual. Por esto comprende primeramente sólo fenómenos, en los cuales descubre caracteres comunes bajo un concepto genérico. Sin embargo, como el concepto de organismo es abstraído originariamente del ente vivo individual, la teoría tiene necesidad de comparar el organismo social con el organismo individual. Este paralelo es antiquísimo e independiente de toda reflexión: ha estado siempre en la conciencia humana; ha dejado huellas imborrables en el lenguaje corriente, y constituye también el fundamento de palabras jurídicas técnicas. Solemos hablar de cuerpos sociales, de corporación, de la cabeza y los miembros de una sociedad, de su organización, sus órganos y funciones, de incorporación, desmembración, etc.; por lo tanto, alguna semejanza debe de existir. En pro de esto habla también el que la ciencia natural moderna gusta de establecer comparaciones con el Estado en sentido contrario, cuando quieren hacer inteligible el organismo individual. Recuerdo acerca de esto que mi colega Hertwig, en este mismo lugar y en 27 de enero de 1899⁴¹, al pronunciar su discurso sobre la teoría del organismo y sus relaciones con la ciencia social, comenzaba expresamente con la declaración de que esta última está cerca de la Biología, viendo en el Estado el organismo más elevado, y concluía con un enérgico paralelo entre las formas de vida naturales y sociales.

Sin embargo, una comparación jamás puede pasar de ser un simple medio auxiliar de conocimiento, puede servir de aclaración, pero no debe emplearse para demostrar; utilizaría para deducir conclusiones de caracteres de una consonancia no reconocible de cosas comparadas en otras cualidades, es exponernos a errores. La teoría orgánica ha incurrido en ellos: de esta clase es la construcción antropomorfa del Estado, que desde el ensayo de Platón, de comprender *grosso modo* como hombre al Estado y fundar la ordenación tripartita de su Estado ideal, en las relaciones de las potencias del alma (o partes del alma, *Seelenteile*), se ha perfeccionado en diversidad de combinaciones. A lo que creo, también allí se reconocen en el cuerpo del Estado los miembros humanos particulares, por lo cual quizá sea la nariz el ministro de Estado. También se suele atribuir carácter varonil

⁴¹ *Die Lehre vom Organismus und ihre Beziehung zur Socialwissenschaft*, un folleto de 36 págnas, Fischer: Jena, 1899. (N. del T.).

al Estado y sexo femenino a la Iglesia, y por ello se habla de su matrimonio, no siempre pacífico. De otro orden de ideas precede la representación teológica jurídica de la Iglesia, como místico cuerpo de Cristo. Retrocede a las profundas palabras de la Escritura, en la cual dice el apóstol San Pablo que la Humanidad, unida en Cristo, representa un solo cuerpo, dominado por el espíritu de Dios; un cuerpo con muchos miembros, cada uno de los cuales sirve al todo de un modo especial, y de los cuales el más pequeño es importante para el todo: por consiguiente, que todos los miembros se necesitan entre sí; que si uno de ellos sufre, todos sufren con él, y si uno se alegra, todos también se alegran con él. Aludiendo esta imagen al organismo eclesiástico externo, e interpretando la asociación, en la cual pone el Apóstol la comunidad de la sangre y la carne de Cristo instituida en la noche de la Cena, en el sentido de una mediación exclusiva de la relación de los miembros con la cabeza, mediante el misterio administrado por la Iglesia, el concepto del cuerpo místico recibe un sello jurídico, a causa de lo cual, la subjetividad jurídica terrenal de la Iglesia y de sus partes aparece como unidad de origen supraterráneo. Tampoco han faltado teorías acerca del Estado, que retrotrayeran su unidad como organismo a una animación (*Beseelung*) trascendente. En nuestro tiempo, la teoría social orgánica ha seguido muchas veces una dirección exclusiva científico-natural: se deja seducir por la analogía con los cuerpos naturales, para tratar los cuerpos sociales como simples productos naturales: habla de anatomía y fisiología, e intenta investigar su ser, con métodos científico-naturales. Como toda vida social tiene un fundamento natural, podía avanzar con éxito en este camino, hasta un cierto punto. Empero se salvan los límites prudentes de comparación, cuando se encaja la comunidad espiritual moral, en el cuadro de una teoría natural-social, y se toma como modelo el Estado-célula animal o vegetal, para organismos cuyos miembros son hombres libres.

Los críticos de la teoría orgánica se agarran principalmente y de un modo visible a los excesos de ésta; cuando los combaten, están en lo firme; pero no lo están cuando ven en ello una consecuencia indefectible de la comparación de los organismos naturales y sociales. La comparación, recatadamente interpretada, no significa más, sino que reconocemos en el cuerpo social una unidad de vida de un todo que consta de partes unidas que únicamente observamos así en los seres vivos naturales. No olvidemos que la estructura interna de un todo, cuyas partes son hombres, debe ser tal, que no hay modelo para él en la naturaleza; que aquí hay un conjunto espiritual que es creado, modelado y expuesto mediante una acción motivada

psíquicamente. Aquí concluye el imperio de la ciencia natural y comienza el de la ciencia moral. Sólo que nosotros consideramos el todo social como un ser vivo igual al organismo individual, y subordinamos los entes sociales, juntamente con los entes individuales, a los caracteres genéricos de los seres vivos. Lo que de impropio hay respecto al particular obedece, parte de ello, a exigencias de la intuición, parte al estado de pobreza del lenguaje. Todo progreso ideológico se ha realizado con auxilio de la metáfora. También nuestros conceptos más abstractos han nacido de imágenes. Podemos servirnos de las imágenes, en la ciencia, si permanecemos conscientes de ello y no tomamos la imagen por la cosa. Hasta tanto que para la designación de la cosa misma, no tengamos a nuestra disposición más que términos, cuyo carácter figurado no sea todavía conocido, debemos esforzarnos en separar el contenido abstracto de la mezcla figurada.

En tanto que la teoría orgánica se mantenga dentro de esto, no la culparán sus adversarios de salirse fuera de los límites de la ciencia. La aceptación de unidades de vida, más allá de la unidad de vida de los individuos, es misticismo. Nuestra percepción sensible sólo nos descubre individuos; quien atribuye una vida autónoma a las uniones no visibles, lleva al mundo sensible un elemento metafísico (*übersinnliches*).

Esta argumentación, que tan frecuentemente nos sale al paso, a más de superficial es completamente confusa. Primeramente es erróneo que la percepción sensible no pueda decirnos nada sobre la existencia de las asociaciones. La vida de estas desplégase también en todos corporales, que entran a formar parte de los fenómenos externos. Vemos marchar un regimiento con la música a la cabeza; podemos contemplar al elector que deposita su voto en la urna; en una manifestación, nos rechaza rudamente un agente de policía; y por estos y otros centenares de impresiones sensibles, tenemos inmediatamente conocimiento de que se trata de un fenómeno que está en relación con la vida del Estado. Claro está que siempre vemos partes sólo de los cuerpos del Estado. Mientras que nos imaginamos el cuerpo del hombre individual como un todo, no podemos percibir lo corporal del Estado, como un todo. Por esto el arte no puede representar corporalmente la imagen del Estado, al igual del individuo; toma como símbolo y nos presenta una majestuosa forma de mujer, por Alemania o Prusia. Sin embargo, no por esto puede dirigirse una objeción contra la realidad de los cuerpos sociales; si bien deponen acerca de la insuficiencia de los sentidos para la sensación total, no suministran pruebas contra la objetividad externa. Tampoco dudamos que la tierra sea un cuerpo esférico,

aunque sólo percibamos de ella una mínima parte. En cambio es irrefutablemente cierto el que podamos ver más o menos de las asociaciones, pero no podamos ver su unidad de vida. De lo que los sentidos nos dan cuenta, es únicamente del movimiento de los cuerpos. Explicando esto como efecto de una unidad de vida, deducimos lo imperceptible de lo perceptible; y si atribuimos personalidad a una asociación, enlazamos la cualidad de ser sujeto constante, con esta unidad invisible. La cuestión está planteada en forma igual que en el individuo. También su unidad de vida se sustrae simplemente a la percepción sensible; y también su personalidad es un atributo adicionado a esta unidad invisible y perceptible solo por sus efectos. Es un error grosero que pueda verse con los ojos del cuerpo la personalidad individual. La personalidad de los hombres permanece la misma, a pesar de los cambios de su forma visible; no sufre ninguna división o daño, si se le separa un miembro corporal. Los sentidos bastan a lo menos para conocer hasta qué punto el hombre es un individuo perfecto y completo, y hasta qué punto forma parte, como miembro u órgano, de un todo social. Siempre que nosotros manejamos la imagen de una unidad obrante en un ente vivo y diferente de la suma de las partes, nos movemos en un mundo invisible. ¿Empero abandonamos con esto el campo de la realidad? ¿Se cubre la realidad con la perceptibilidad sensorial? Quien pretenda esto, no ha salvado todavía los umbrales del verdadero conocimiento científico.

Contra la teoría orgánica ha surgido, finalmente, la objeción, de que, introduciendo cosas inexplicables, obscurece más que aclara lo que pretende dilucidar. La naturaleza misma del organismo es un enigma insoluble: hasta ahora, las ciencias naturales se han esforzado inútilmente en averiguar la esencia del organismo natural. De modo que la ciencia social hubiese ganado poco o nada si hubiera dado carta de naturaleza a este algo desconocido.

También es débil esta objeción. Lo que nosotros percibimos como real, debemos colocarlo en nuestra observación del mundo ideal, aun cuando su verdadera naturaleza sea oscura o quizá inexplicable. El enigma del organismo se oculta en el enigma de la vida. No sabemos lo que verdaderamente es la vida; empero no podemos despojar a la ciencia del concepto de ella: luego sabemos lo que es la vida. También podemos describir y delimitar los fenómenos vitales, formando de este modo un concepto de la vida, con el cual trabajamos tanto en las ciencias naturales, como en las morales. En todas partes, empero, donde suponemos que existe vida, nos encontramos un portador (*Träger*) de ella, con caracteres propios. Observa-

mos que la vida es un todo ordenado (*Ganze*), que asimila y expulsa partes y que se conserva mediante la cooperación adecuada de ellas, cuya unidad, constante en el cambio de partes y activa con la colaboración de ellas, no coincide con la suma de éstas. La índole propia de esta unidad, se nos oculta en la pluralidad; no por eso podemos borrarla de la ciencia; luego conocemos su existencia. También estamos en condiciones de describir y comprobar los caracteres específicos del órgano de vida (*Lebensträger*), y para designarlo usamos la palabra «Organismo», que hace referencia a la estructura particular del todo vivo. Este concepto es precisamente tan perfecto y científicamente aplicable, como cualquier otro obtenido mediante la legítima abstracción de hechos conocidos, y con esto expresa bien un contenido real. Su legitimidad no depende de la mayor o menor claridad con que pueda percibirse su realidad; por consiguiente, estamos autorizados y obligados a aplicarlo al todo social, caso de que descubramos en él un ente vivo unitario.

¿Qué hacer, sin embargo, con tales conocimientos? ¿Puede la teoría orgánica, no sólo refutar las objeciones de los contrarios, sino aportar la prueba positiva de su consideración científica? ¿Puede aportarla de la existencia de la unidad de vida social?

Tampoco es demostrable directamente la unidad de la vida individual y, sin embargo, por sus efectos, podemos directamente desentrañar la existencia de tales unidades. Claro está que la fuerza de convicción de semejantes argumentos no es la misma para todos: en este particular desempeña un papel importante la concepción que cada uno tengamos formada, acerca del mundo; después de todo, los fundamentos más sólidos, al parecer, del sentido científico, no son otra cosa que hipótesis bien fundadas.

En primer lugar, tenemos la experiencia externa, que nos impulsa a admitir la unidad de las sociedades activas. La observación de los fenómenos sociales, en medio de los cuales vivimos, el estudio profundo de la historia de la humanidad, nos pone al descubierto, ante todo, como la actividad de los pueblos y otras asociaciones crean el mundo de relaciones de poder y engendran la cultura moral y material.

Todo esto se refleja en y por los individuos, porque las comunidades constan de individuos. Estos se determinan solamente mediante el influjo moral y material que emana de su asociación, en tanto que sus actos correspondan a la relación social. Observamos, sin embargo, que algunos individuos eminentes encajan profundamente en la comunidad y la transforman e imprimen en ella su sello exclusivamente personal; sólo

que esto no puede tener lugar si por lo menos la sociedad no coopera pasivamente a este resultado; en tanto que ella no se asimile lo fundado por el individuo. Acerca de esto cabe opinar de muy distinta manera, y puede llegarse al punto de ir a buscar la fuerza activa de la comunidad o de los particulares, en las grandes transformaciones de la vida común; se puede rendir culto a héroes particulares; puede uno entregarse a la contemplación histórica colectivista, exclusiva y parcial; pero a mi juicio es imposible pasar por alto que hay siempre una constante acción recíproca entre ambos factores. La sociedad siempre es un algo activo eficaz. Ahora bien; los efectos que debemos imputar a la comunidad están de tal modo condicionados, que en manera alguna pueden atribuirse a la simple suma de fuerzas individuales. No pudiendo, ser en parte, engendrada la prestación común, por el individuo; en vez de ser una clase específica, vendría a ser solamente una energía, a crecida cuantitativamente, de las acciones particulares. Organización del poder Derecho, costumbre, economía nacional, idioma, todos ellos son fenómenos que inmediatamente saltan a la vista. De suerte, que no puede coincidir la comunidad activa con la suma de individuos que la integran; antes bien, debe ser un todo con unidad de vida super-individual. Por eso, cuando deducimos la existencia real de la unidad de la asociación, de los hechos de la historia de la cultura, permanecemos en todo fieles a la experiencia externa, y estamos autorizados para emplear como conceptos científicos fundamentales, en el campo entero de las ciencias sociales, los conceptos abstraídos de semejante unidad, mediante la renovación del contenido real hallado.

Lo que de este modo nos enseñe la experiencia externa, lo confirmará la experiencia interna. Si en nuestra conciencia hallamos también la realidad de la comunidad, la incorporación de nuestro yo a un ente social de ordenación más elevada, es para nosotros un fenómeno interno. Nos reconocemos como un yo determinado en sí, pero al mismo tiempo nos reconocemos también como parte de un todo vivo y eficaz. Si pretendiésemos negar la existencia de que pertenecemos juntamente a un determinado pueblo o Estado a una confesión religiosa o Iglesia, a una función social, a una familia y a multitud de asociaciones, ¿qué quedaría de nuestra personalidad! No nos reconoceríamos en los pobres restos que quedarán.

Pensando en todo ello habrá que convenir en que lo que nos rodea, no es únicamente un lazo o vínculo meramente externo, sino que se trata de relaciones psíquicas que penetran en lo más íntimo y constituyen parte integrante de nuestro ser espiritual; observaremos que una parte de los

impulsos que determinan nuestros actos, parten de la comunidad que nos empapa; nos convenceremos de que covivimos la vida social. Según esto, deduciendo de nuestra experiencia externa la certeza de la realidad de nuestro yo, no sólo se amplía esta certidumbre a que formamos unidades de vida individual, sino a que somos al mismo tiempo unidades parciales de una unidad de vida más elevada. Claro está que podemos no encontrar en nuestra conciencia la misma unidad de vida más alta; no siendo nosotros más que una parte del todo; éste, puede no estar en nosotros. De suerte que de la experiencia interna solamente podemos deducir, inmediatamente, la existencia de la unidad de vida social, pero no los caracteres: sin embargo, mediatamente, podemos deducir de la actividad social, que el todo social tiene naturaleza espiritual material, resumiéndose esta actividad en fenómenos físicos mixtos. Por esto no sólo hablamos de cuerpos sociales y de sus miembros, sino también de alma, espíritu, sentimientos y voluntad populares, de convicción y voluntad populares, de espíritu de clase, de cuerpo y de familia, etc. Con esto designamos fuerzas psíquicas muy vivas, de cuya realidad, a lo menos entonces, no nos damos cuenta si no nos revoltemos contra ella, haciendo uso de nuestra individualidad. La observación propia nos persuade diariamente de la existencia de este poder espiritual: hay momentos, sin embargo, en los cuales se nos manifiesta el espíritu de la comunidad con fuerza elemental y en forma casi sensible, y satisface y subyuga nuestro interior, sin que todavía percibamos nuestro ser interno como tal. Por un momento solemne de esta clase hube de atravesar yo el 15 de julio de 1870, estando en el paseo de los Tilos de Berlín.

Por eso me parece suficientemente justificado el reconocimiento de una unidad corporal-espiritual en las sociedades humanas. El conocimiento científico no puede ir más allá; queda por descubrir el misterio de la verdadera naturaleza de estas unidades de vida; pero en esta materia puede entrar en juego la fe, o darse rienda suelta a la fantasía. Para resolver el enigma del mundo, no faltarán las exigencias metafísicas de una concepción unitaria del mundo; y siempre resurgirán ensayos nacidos de la combinación de la ciencia y la fe. Las ciencias particulares no deben inmiscuirse en la especulación sobre lo trascendente: su misión es investigar la relación causal de los fenómenos de su campo, con los métodos correspondientes a su carácter propio y perseguir hasta el final todos sus elementos. Esta es la causa también de que en las ciencias particulares desempeñe una función desigual el concepto de la unidad de vida social que atañe a los grandes todos de cultura, o ciencia social. Cada una de estas ciencias tendrá que

emplear este concepto, cuando los fenómenos tratados por ella resultan de las fuerzas sociales activas, y tendrá que explicar tal concepto en proporción de las necesidades fundadas en el asunto especial de ella.

Para los problemas científicos de los cuales partía, y a los cuales vuelvo ahora, se toman únicamente en consideración aquellas sociedades cuya unidad está bien caracterizada en una organización jurídica, que son las únicas capacitadas como personas para entrar a formar parte del Derecho. Por eso se excluyen muchísimas que tienen muy enérgica virtualidad, como sucede en primer término con las sociedades nacionales que no llegan a constituirse en un Estado (*Staatlose*), o con aquellas otras que van más allá del Estado; sólo como Estado adquiere personalidad la Nación. La unidad de vida social de un pueblo, o sea la nacionalidad, es naturalmente un poderoso y eficaz factor, tanto para el Derecho como para el idioma, o toda cultura moral y material, y por ello exige también que el Derecho la tenga en cuenta: sin embargo, no figura entre los sujetos de derecho. También la asociación de naciones crea Derecho, sin que por eso sea para el mismo una unidad subjetiva: una cosa semejante ocurre con la asociación religiosa, mientras no se convierte en persona-Iglesia; otro tanto sucede con las asociaciones económicas y de protección, los partidos políticos y sociales, mientras no se congregan en asociaciones organizadas. Sin embargo, allí donde aparezca una sociedad como un todo organizado jurídicamente, surge para el Derecho la cuestión de si la unidad de vida social debe ser reconocida como persona colectiva y con qué extensión: y siempre que aparezca la persona colectiva, la ciencia del Derecho tiene por misión el abarcar, ordenar y desarrollar la vida interna y externa de las colectividades, mediante principios jurídicos adecuados, como expresión de la unidad de vida moral y material de los organismos sociales.

Sin embargo, ¿puede ser indiferente para la ciencia del Derecho, el sentido en que se resuelva el problema de la persona jurídica? ¿Se trata simplemente de una discusión teórica de escuela, cuya divulgación es innecesaria para el simple conocimiento del Derecho, e insignificante o nula para la práctica y configuración del mismo?

De ninguna manera: de la construcción de la persona social depende la entera y sistemática construcción del Derecho, la substancia del concepto de derechos importantísimos y la solución de numerosas cuestiones particulares muy prácticas. Y por eso precisamente está justificado el que únicamente la concepción orgánica sea la que esté en condiciones de dar satisfacción adecuada, en esto y en todo, a nuestra conciencia jurídica y a

nuestras exigencias para la vida. Hoy no puedo tratar de esto más al por menor; permítaseme, sin embargo, algunas indicaciones. Siendo el Derecho social una ordenación de vida para los seres vivos sociales, la parte del Derecho social que regula la vida interna de las sociedades, debe ser, por consiguiente, fundamentalmente distinta de todo Derecho que regule las relaciones externas de los seres vivos reconocidos como sujetos. El Derecho debe estar en armonía con la doble naturaleza del hombre, que al mismo tiempo que un todo sustantivo, es parte de un todo más elevado; debe dividirse en dos grandes ramas, a las cuales podemos calificar: una, de Derecho individual; otra, de Derecho social. En el Derecho social hay que incluir el derecho del Estado (*Staatsrecht*) y todo el restante Derecho público, así como también la organización interior de la vida de las personas sociales privadas, incorporada al Derecho privado: en el Derecho social deben prevalecer conceptos que ningún modelo tienen en el derecho individual; pues lo que con respecto a la persona individual esta sustraído a una ordenación jurídica, puede aquí ser sometido a organización jurídica mediante dichas reglas.

En esto puede el Derecho determinar legalmente la construcción del todo viviente en sus partes, y la actividad de su unidad en la pluralidad de dichas partes, por qué y en tanto que la vida interna del organismo social es juntamente vida externa de hombres o de menores asociaciones humanas. El concepto del Derecho sale a la superficie con la constitución. La composición del cuerpo social, con personas pertenecientes a él, es regulada con preceptos jurídicos. El concepto del derecho resulta del complejo de miembros de una corporación (*Mitgliedschaft*): este complejo recibe como estado jurídico un contenido compuesto de derechos y deberes: la esfera de vida y de actividad que en él está asignada a la persona de cada miembro, está limitada jurídicamente, frente a su esfera individual constantemente libre; por la regulación de su adquisición y pérdida se elevan a procesos jurídicos la incorporación, separación y expulsión de los asociados. Con preceptos jurídicos se regula además la organización de este cuerpo, asignando a cada miembro un puesto en el todo: estableciendo la supremacía y subordinación, se realiza la coordinación en el complejo de miembros unidos: se reconoce quizá a uno de estos la posición jurídica de jefe. Los principios jurídicos determinan ante todo la organización, en virtud de la cual, los elementos unidos en el todo forman una unidad. Organizándolo el Derecho, como y bajo que supuestos, se muestra jurídicamente la unidad de vida del todo, en las

manifestaciones de determinados miembros, o del conjunto de ellos, se eleva el concepto de órganos a concepto jurídico. En las diferentes asociaciones, una inmensa abundancia de normas sumamente heterogéneas y frecuentemente muy intrincadas, sirven para determinar el número y la clase de órganos; para confiar a cada uno de ellos una limitada esfera de actividad de competencia o pertenencia; para ordenar entre sí las relaciones de los órganos, su cooperación; para asegurar la gestión de los órganos inferiores, mediante órganos superiores, hasta llegar a un órgano supremo, y la fiscalización mutua de los órganos; para prescribir las formas de proceder en el ejercicio funcional de los órganos, y acomodar a su fin el contenido de estas funciones. A esto contribuyen los preceptos jurídicos sobre la formación de los órganos, por las personas individuales o sociales llamadas a desempeñarlos, sobre la adquisición y pérdida de esta posición, y sobre la relación de la personalidad del órgano a la individual de los hombres que toman parte en ella.

El concepto jurídico de órgano es de carácter específico y no puede confundirse con el concepto jurídico-individual de representante. No se trata aquí de una representación de una persona independiente, por otra también autónoma; sino que como cuando el ojo mira, la boca habla o la mano coge, ve, habla y coge el hombre; así cuando el órgano funciona debidamente dentro de su esfera, la unidad de vida del todo es inmediatamente activa. Por el órgano, pues, se manifiesta la persona social invisible, como unidad que percibe, juzga, quiere y obra. La persona jurídica de nuestro Derecho no es en modo alguno ningún menor necesitado de representante legal, sino un sujeto autónomo capaz de obrar, que obra en el mundo exterior. Pero también es, y esto ha sido impugnado obstinadamente por la teoría de la ficción, aun cuando cada vez se va reconociendo con más fuerza en la vida jurídica, también es, digo, capaz de delinquir y responsable de sus culpas. Empero como es una comunidad organizada jurídicamente, los procesos espirituales internos, en tanto que son fenómenos externos para las personas que sirven de órganos, también se regularizan con principios jurídicos. El Derecho se ocupa aquí de los actos de voluntad en todos sus grados, del primer estímulo, de la lucha de tendencias, del examen de los motivos, del advenimiento de la resolución final y de su transformación en acto. Los preceptos jurídicos que hay acerca de la deliberación, votación y resolución, acerca de la conciliación de los órganos socialmente autorizados, acerca de la notificación y cumplimiento de los acuerdos, carecen de semejante en el derecho individual. Falta aquí el concepto de contrato, en

el cual los sujetos independientes establecen como norma obligatoria de su conducta, sobre un contenido común de voluntad. Aquí todo concierto es únicamente formación de una voluntad común unitaria, desde las voluntades particulares llamadas a ello; toda decisión de lucha de opiniones sólo es el triunfo de la unidad de voluntad del todo. Cada conflicto irresuelto de los órganos, amenaza al organismo social con entorpecimientos, sacudidas y aun disolución; si vence una crisis semejante por la victoria del poder sobre el derecho existente, en esto precisamente se manifiesta la unidad real que el Derecho no había creado, sino únicamente regulado.

Está además arraigado en el carácter del Derecho social el que pueda transformar en relaciones jurídicas las relaciones entre un todo unitario y sus partes. Una relación jurídica entre el hombre individual y sus miembros es imposible; en cambio hay derecho de las personas sociales sobre sus miembros y órganos personales, que culminan en el poder del Estado como el derecho más elevado de la tierra, y está contenido y graduado de diversa manera en todo poder social, hasta descender al poder de las asociaciones privadas. Pero hay también derechos de los miembros y órganos personales, con respecto a la persona social; derecho a tomar parte en la organización y bienes de las asociaciones; derecho a cooperar a la formación de la voluntad común, como el derecho de sufragio; derecho a un cargo especial de órgano o miembro, hasta elevarse al derecho nativo de soberanía de los monarcas. Todas las relaciones jurídicas semejantes tienen una estructura jurídica completamente distinta de las relaciones jurídicas de derecho individual que pueden existir entre los mismos individuos como sujetos de libres esferas particulares, y entre las cuales, aun el Estado y el ciudadano, están colocados frente a frente como cualquier otra persona particular. Empero si las relaciones jurídicas individuales se entretajan en la relación corporativa, experimentan una transformación jurídico-social que brota de las formas particulares de propiedad, de los derechos reales, de los derechos de obligación, etc.

También son, al mismo tiempo, actos jurídicos para el Derecho, el nacimiento y muerte de los seres vivos sociales, que a su vez no pueden ser contruidos con conceptos jurídicos individuales; y por eso se destacan de un nuevo mundo de conceptos jurídico-sociales. El acto de voluntad libre, que da vida a la persona social, no es, pues, un contrato, sino un acto creador social. Esto es tan aplicable a la fundación de la confederación de Alemania del Norte y a la del Imperio alemán, como a la fundación de cualquiera sociedad. Así, pues, la muerte de un cuerpo social, la disolución, su atraso

y el destino de su herencia, se regulan mediante principios jurídicos de naturaleza específica. Así resultan series especiales de principios jurídicos, de la división o fusión de los organismos sociales.

Finalmente, un rico sistema de normas jurídico-sociales se ocupa de la incorporación de los organismos sociales inferiores en otros más elevados, y, en último término, en la comunidad soberana. Las asociaciones tienen de común con el individuo, el que puede ser al mismo tiempo todo autónomo, con unidad de vida propia y miembro u órgano comprendido en el todo. Pero con lo que principalmente se abre un nuevo mundo de conceptos jurídicos, es con que también sea accesible la vida interna de tales miembros u órganos personales, a un influjo jurídico del organismo total.

Infinitamente varias son las clases de organismos sociales organizados jurídicamente que ha producido la evolución de nuestra cultura, merced a un proceso progresivo de diferenciación e integración. Entre ellas se encuentran grandes y pequeñas creaciones, extremadamente desarrolladas y muy rudimentarias, omnipotentes y subordinadas, de duración larga y efímeras firmemente crecidas con el suelo y fundadas en un patrimonio, consagradas en general a fin particular, ideal o económico. Dicho se está, por consiguiente, que es necesario para ellas un Derecho que no sea fundamentalmente igual, sino radicalmente distinto. El Estado, mediante la plenitud de su poder soberano, elevado sobre todos, reivindica para sí mismo un Derecho superior, y solo a aquellas comunidades que él estima como instituciones públicas deja que participen en cierta esfera de las preeminencias del Derecho público. La Iglesia, necesita un derecho propio para su fin ideal; los municipios necesitan una ordenación particular; a todo tipo de corporación pública corresponde un conjunto de normas propias. El derecho de las asociaciones privadas se divide según la variedad de fines de las asociaciones, y después, según la multitud de variedades de forma de ellas; y finalmente, dentro de la especie, cada comunidad social particular establece un derecho peculiar correspondiente a su individualidad concreta. En efecto, si las grandes personas sociales cuya formación estructural constituye un asunto capital de la Historia Universal, han formado y transformado tan peculiarmente su régimen de vida; todo Derecho del Estado o Derecho canónico concreto sirve un sistema de ideas jurídicas particulares. En vista de tales desemejanzas, pudiera parecer inadmisibile la comparación; sólo que así como entre los seres vivos naturales, la ilimitada variedad y diversidad de categorías de las especies, no excluye el conocimiento científico de que su estructura se funda en principios comunes,

así, en el estudio científico-jurídico de los seres vivos sociales, creemos reconocer un principio fundamental común de estructura jurídica, sacado de todo Derecho social.

Después de esto, pareceme confirmada la concepción orgánica de las asociaciones en la ciencia del Derecho. Ésta tiene que ocuparse de las unidades sociales vivas, sólo en tanto que producen efectos en el Derecho, y, por consiguiente, debe proceder necesariamente de un modo unilateral; la vida jurídica es solamente un aspecto, y en manera alguna el más importante de la vida social: su ciencia debe tener conciencia de esta parcialidad. De modo que también en esto debe tener presente, constantemente, que las fuerzas vivas de los organismos sociales se manifiestan más allá del derecho en todos los movimientos de cultura y de poder, y que sus resultados más potentes se realizan independientemente del Derecho, cuando no contra él. Debe, empero, abandonar a otras ciencias el discutir las relaciones y escudriñar las unidades activas; sólo que como recibe de otros órdenes de conocimiento, conclusiones afirmativas sobre la realidad de la comunidad, podrá alegar la pretensión de que se tome en cuenta su conocimiento del desarrollo jurídico de esta realidad, en toda investigación dirigida a la entraña de los otros fenómenos sociales.

También al jurista debe permitírsele una cosa: la indicación de la importancia ética correspondiente a la idea de unidad real de la comunidad. Solamente de esta idea proviene el concepto de que la comunidad es en sí algo importante; y sólo en el valor superior del todo, respecto a la parte, es permitido fundar el deber moral del hombre, de vivir para el todo y en caso necesario, morir por él. Si el pueblo, en realidad, es solamente la suma de los ciudadanos existentes a la sazón, y el Estado no es más que una institución para el bienestar de los individuos nacidos y los no nacidos, puede obligarse al individuo a poner en él fuerza y vida, pero no se puede imponer para esto una obligación moral: entonces se disipa el brillo de una altísima idea ética, que ha glorificado siempre la muerte por la patria. ¿Por qué ha de sacrificar el individuo su yo, por la prosperidad de otros muchos, que en realidad no son otra cosa que el mismo? A la conducta moral de individuo para con individuo, se aplica el precepto «ama a tu prójimo como a ti mismo».

Únicamente sobre este precepto quieren fundar la vida de la sociedad humana, los individualistas extremos de un sentido ideal, como Tolstoi, y ¡ved cómo, destruyendo el Estado y predicando el anarquismo! El complemento religioso del mandato de amar al prójimo está en el precepto de

amar a Dios sobre todas las cosas; sólo con él se edifica el reinado de Dios, que no es de este mundo. Pero también para la sociedad terrena, se dice ama al todo más que a ti mismo; y esto sólo tiene sentido cuando el todo es superior y más importante que la suma de los individuos; si la comunidad significa más que un medio para los fines de los individuos: si no, quien trabaja y lucha por el honor y el bien, por la libertad y el Derecho de su nación y de su Estado, vive y muere por un nombre vano.

También ustedes, queridos colegas, pueden estar penetrados de la idea de que son miembros vivos de un todo vivo; de que pertenecen, como ciudadanos de la Universidad, a una gran comunidad, que reúne en una *universitas*, a maestros y discípulos. Ustedes experimentan en sus asociaciones la fuerza de una estrecha federación social. Ustedes, como órganos hermanos activos de la vida común, se preparan a marchar hacia adelante en el mundo para servir más en particular, en su profesión, al Estado o a la Iglesia. No olviden ustedes jamás lo que deben a su más íntimo ser, que está encerrado en la unidad de la persona individual, y manda afirmar la conciencia virilmente, aun en frente de los más altos poderes de la tierra. Procuren ustedes obedecer siempre y con todas sus fuerzas el precepto de amor al prójimo; pero cumplan ustedes también, ahora y siempre, con el puro espíritu de comunidad. Reanimen y cultiven ustedes en sí, la conciencia de que, en su vida se refleja juntamente una parte de la vida de una organización de orden superior a cuya fuerte marea ascendente, sobre la breve existencia individual, es deudora la humanidad de su historia y su importancia. Reconozcan ustedes lo que deben a la comunidad como parte de ella, y den ustedes con gusto a la comunidad lo que a la comunidad se debe.