

1) *La relación jurídica en cosas* (*)

En lo que concierne a la relación del destino económico de las cosas para la necesidad humana distingue el derecho romano dos formas, que podemos calificar como relación primaria y secundaria de destino. La forma normal de la primera es la propiedad, la de la segunda el *jus in re*.

Pero en una dirección sobrepasa la primera relación la forma de la propiedad, es decir en lo que concierne a la *res publicae*. El sujeto primario del fin de la misma no es indudablemente el Estado, la ciudad, la comuna como persona jurídica, sino la multiplicidad indeterminada de los individuos que se sirven de ella: la masa, el pueblo, en una palabra un sujeto del fin en el que no encuentra ninguna aplicación el concepto de la propiedad, como lo conciben los juristas romanos: como derecho exclusivo de una persona determinada (física o jurídica). La incluyen más bien bajo el punto de vista del uso común (*usus publicus*). Esta no es sólo una relación de hecho, sino una relación jurídicamente protegida (por *actiones populares*), una relación jurídica formada típicamente en la cosa; lo llamo *derecho colectivo* (**).

(*) La parte que sigue la he redactado completamente de nuevo para la segunda edición, pero la elaboración adquirió tal magnitud, sin embargo, que he considerado conveniente publicarla independientemente en otro lugar; la siguiente exposición contiene sólo un breve resumen en que me limito a alusiones.

(**) Fundado y expuesto por mí en **Geist des römischen Recht**, III, 1, pág. 360 (4a. ed.).

Según la medida de la diversidad de nuestros tres sujetos del fin, recibimos en consecuencia tres formas de la relación primaria del destino de la cosa para la necesidad humana:

- a) la propiedad individual (la persona física sujeto del fin);
- b) la propiedad del Estado (sujeto del fin del Estado, eventualmente la iglesia o la corporación);
- c) el derecho colectivo (la sociedad en sentido estricto como sujeto del fin) (*).

En sentido no jurídico, en el que se emplea tan a menudo la expresión propiedad en la vida, y en el cual también la emplean los economistas, se podría llamar al derecho colectivo propiedad social o del pueblo. La relación se repite también en la iglesia y las asociaciones con respecto a aquellas cosas que están a merced del uso general de sus miembros (*usus publicus*) (utilización de la iglesia, del local de la sociedad, de los diarios allí expuestos, etc.) en oposición a caudal de los mismos (*bona, patrimonium universitatis*).

Las tres formas mencionadas persiguen la seguridad de las condiciones económicas de vida de la sociedad en sentido amplio. Ninguna de ellas puede faltar. No la propiedad del individuo — hemos mostrado ya cómo la autoafirmación física suscita como consecuencia necesaria la propiedad económica, es decir la propiedad privada. No la propiedad del Estado — el Estado tiene que tener lista para su empleo para sus fines, en todo momento, una provisión de medios económicos, y en eso

(*) Los romanos trasladan el contraste anterior en la cosa y distinguen: a. **Res singulorum, propriae, familiares, res, quae in bonis alicuius sunt, res sua, suum, privatum** entre otros muchos; la expresión actualmente generalizada **res privatae** aparece, que yo sepa, sólo en Caius, en l. 1 pr. de R. D. (1.8). b. **Pecunia, patrimonium populi, res fisci, fiscales.** c. **Res publicae, res, quae in usu publico habentur, publicis usibus in perpetuum relictæ, publico usui destinatae, communia civitatum, res universitatis.**

consiste incluso la función de la propiedad. Tampoco del derecho colectivo — sin comunidad de los caminos públicos, de las plazas, de los ríos es imaginable el tráfico humano, la validez exclusiva de la propiedad privada haría imposible toda comunicación en el espacio.

La seguridad de la última relación se opera actualmente por la policía, los romanos fueron tan razonables que permitían al público mismo la representación de sus intereses, atribuyendo a cada cual la capacidad de promover acción (*actio popularis*) (*) contra aquellos que obstaculizan el uso de la *res publicae* por alguna medida insostenible.

La determinación del fin de la cosa para una multiplicidad indeterminada de personas (propiedad social en el sentido expuesto antes), que constituye el signo característico de la *res publicae*, se repite también en las *fundaciones de utilidad general*. La forma jurídica que adquiere la aplicación en ellas, y cuya necesidad práctica no pienso poner en discusión: la personificación de la fundación (*universitas bonorum*), no debe engañarnos aquí sobre la verdadera relación. La propiedad de la persona jurídica imaginaria es algo enteramente vacío, no le alcanza a ella, sino que beneficia a los individuos, que estatutariamente deben disfrutar las ventajas de la fundación (destinatarios, beneficiarios). Aquella propiedad no es más que un aparato de construcción para transmitir este fin de manera jurídicamente más cómoda, sin ninguna realidad práctica para el sujeto de la misma. El último es simple detentador del derecho en interés extraño, no *sujeto del fin*, los sujetos del fin son los beneficiarios, y el derecho romano ha reconocido esto al conceder, como en la *res publicae*, una *actio popularis* (**).

(*) De acuerdo con esa acción del pueblo designaron los bizantinos acertadamente el derecho que sirve de base a la misma como derecho popular (δικαίον δημοτικόν).

(**) 1.46 § 6 Cod. de episc. (1.3)... *cogere pium opus aut piam liberalitatem omnimodo impleri et cuicumque civium idem etiam facere licentia erit; cum sit enim communis pietatis ratio*

Al hacer abstracción enteramente de la forma jurídica y aplicar mi punto de vista al sujeto del fin, llego al resultado que las funciones de interés general deben ponerse en relación con su destino económicosocial en una línea con la *res publicae*.

Ciertamente no se produce la concordancia con el último en el sentido que en ellas lo mismo que en aquellos el uso sería libre siempre para todos. Junto a aquellas en que esto es así, por ejemplo las galerías públicas de arte erigidas en forma de fundación, que pueden ser visitadas por todos los que lo deseen, lo mismo que se puede servir de los caminos y de las fuentes públicos, hay también aquellos en los cuales la participación está ligada a ciertas condiciones, que no dependen sólo de los beneficiarios mismos, por ejemplo la admisión en una fundación para viudas, la distribución de un subsidio. Pero esta diversidad, si le aplicamos el punto de vista del sujeto del derecho, no debe impedirnos reconocer también en ellas a la sociedad en el sentido anterior como sujeto del fin. El interés que reclaman las fundaciones para la sociedad justificará que destaque los factores esenciales de las mismas.

Por "fundación" entiende el lenguaje la consagración de cosas o capitales a favor de personas indeterminadas, pero no para un fin transitorio, sino permanente. El factor de la indeterminación del destinatario distingue la fundación de la dedicación liberal del patrimonio a una persona determinada (entre vivos: donación; en el testamento: institución de heredero, legado). El factor de la permanencia del fin o, mejor, de la continuidad, la repetición del empleo del rendimiento del capital de la fundación, distingue la fundación de las concesiones a una multitud de personas indeterminadas que se cumplen de una vez y se consumen de inmediato: las liberalidades

(fin de utilidad común), *communes et populares debet etiam affectiones constitui harum rerum executionis, habituro unoquoque licentiam ex nostra hac lege movere ex lege condititia et postulare relicta impleri.*

públicas (*) como se les podría llamar acertadamente. En ambas se promueve la benevolencia abstracta desde la esfera de la liberalidad individual, motivada por relaciones personales o cualidades (amistad, pobreza). No es a la persona aislada determinada a la que se dirige la liberalidad, sino a la *categoría*, sea más amplia o más estrecha (pobres, pobres del lugar, pobres del lugar de una determinada confesión religiosa; viudas, viudas simplemente, o de funcionarios del Estado, o de funcionarios del Estado de una categoría especial; estudiantes, estudiantes de la universidad nacional, de una determinada profesión); se podría calificar como actos de liberalidad social en oposición a la liberalidad individual.

En lo que concierne al fin, llegan las fundaciones incomparablemente más lejos que las liberalidades. Estas últimas se limitan a la entrega de un socorro a los necesitados, son limosnas públicas, cuya admisión, lo mismo que la de una limosna ordinaria, contiene la confesión de la miseria por parte del que la recibe y entraña por tanto algo humillante y degradante. La esfera del fin de las fundaciones, en cambio, alcanza tan lejos como la necesidad de la vida humana, abarca junto a las físicas (alimento, vestido, vivienda, asistencia médica: asilos para pobres, para viudas, hospicios, hospitales) (**), también

(*) Del *spendere* medieval (**expendere** igual a gastar, **expensa**, **spensa**, **spesa** igual a gastos, de donde también el alemán **Speise**, **spise**, **spisa**). En Roma tales expendios (**largitiones**) o limosnas al pueblo (trigo, carne, vino, aceite, etc.), como se sabe, eran muy frecuentes; sobre la significación social de las mismas, ver mi **Geist des römischen Rechtes**, II, I, pág. 349-253. Formas modernas de los mismos son la distribución de sopas, combustibles y otros en tiempos de penuria por asociaciones propias (en tiempos anteriores por conventos, cuya supresión ha causado un vacío sensible en la beneficencia). A esta categoría pertenece también el concepto jurídicoromano del **jactus missilium**.

(**) Las **piae causae**, **pia corpora** del derecho romano ulterior. La primitiva es la **tabula alimentaria** de Trajano, la mayor parte proceden de la época cristiana. Ejemplos en l. 19 **Cod. de sacros. eccl.** (1.2) **xenodochium**, **orphanotrophium**, **ptochotrophium**, **gerontocomium**, **brephotrophium**. Los nombres griegos anuncian su origen tardío; son una nueva prueba de la influencia antes destacada del cristianismo en el fomento del sentido de la beneficencia.

las espirituales (medios para la formación científica y artística, bibliotecas, institutos de arte, becas).

En lo relativo a la forma jurídica, distingue el jurista fundaciones con personalidad propia (*universitas honorum*) y sin ella, es decir fundaciones en las que el patrimonio legado para el fin es entregado a una personalidad ya existente (Estado, comuna, iglesia, universidad, y otras) bajo la condición del empleo permanente según el acta de la fundación, como, por ejemplo, es usual en las actuales becas para estudiantes; se podría llamar a las primeras fundaciones independientes, a las segundas dependientes. En ambos casos se encuentra el patrimonio de la fundación en la propiedad de una persona, allí en las de la fundación misma, aquí en las del fiduciario del objetivo (*). A las fundaciones de la última especie pertenecen, según la interpretación jurídica, también aquellas que consisten en la institución de una *res publicae*. En el período actual, estas son raras; en Roma eran muy frecuentes, por ejemplo la erección de fuentes públicas, teatros, emplazamiento de estatuas y muchas otras. El derecho musulmán ha aplicado a esto incluso una noción propia (**).

Cuando finalmente pienso en la forma de la erección de fundaciones, lo hago sólo para poner bajo su luz exacta un concepto del derecho romano que se refiere a la

(*) Para el lector no versado en derecho advierto que es fiduciario aquel a quien se otorga un derecho, no con el fin de sacar provecho de él para sí mismo, sino para que lo aplique a otro, es el detentador del derecho no en su propio interés, sino simplemente para el fin de la representación (*Geist des römischen Rechtes*, III, 1, pág. 217 y sigts., 3a. ed.).

(**) *Väkf'om* — consagración, dedicación al bien común o a fines gratos a Dios. Una segunda especie de *väkf* es la hecha en favor de la descendencia (*väkf ewlod*); nosotros la llamaríamos fideicomiso de la familia. El derecho musulmán acentúa expresamente el elemento de la permanencia y de la moralidad del fin, prohíbe por ejemplo la consagración en beneficio de los incrédulos. Véase von Tornauw, *Das moslemitische Recht*, Leipzig 1855, 155-159.

fundación, es el de la *pollicitatio*. El jurista no ve en él regularmente más que el elemento jurídico formal de la fuerza obligatoria de la promesa unilateral, mientras que pasa por alto la significación social de la *pollicitatio*. Consiste en el hecho que la *pollicitatio* es la forma de la fundación entre vivos, contiene el parangón con la fundación testamentaria; ambas se asocian en el punto de vista de la liberalidad social (*). Mientras el viejo derecho romano no se ha elevado todavía al reconocimiento jurídico independiente de la liberalidad al individuo entre vivos (obsequio), ha reconocido desde temprano ya la liberalidad social entre vivos como concepto independiente, y así dejó de lado el escrúpulo técnico que oponía a la *pollicitatio*, por medio de la teoría de los contratos, la exigencia del mutuo consentimiento. El romano no se sacrifica para el individuo, sino para la comunidad. A eso corresponde el derecho, en tanto que rehusa para aquel caso la forma que pone a disposición de éste.

El derecho romano no ha llegado nunca a una forma independiente para la fundación testamentaria (creación de una fundación por el testamento como único contenido del mismo), el fin sólo podía alcanzarse indirectamente por el nombramiento de un heredero que debía dar vida a la fundación. Cuando en los posteriores tiempos cristianos la costumbre laxa de la erección del testamento hizo surgir disposiciones testamentarias dirigidas directamente a este objeto (por ejemplo, la institución de heredero de los *captivi*, *pauperes*, etc.), requirió un rodeo por parte de Justiniano (substitución de la iglesia, la comuna como heredera encargada de la ejecución de la disposición), para calmar el escrúpulo jurídico que se oponía a su posibilidad según derecho. Después que nuestra teoría actual, tras muchas luchas, se ha elevado al reconocimiento de la admisibilidad de la creación testamentaria directa de una fundación, el concepto jurídico de la liberalidad social, que tuvo en el derecho romano su primer reconocimiento, sólo parcial, en el concepto

(*) *Liberalitates in civitates collatae* l. 3 § 1 de poll. (50.12).
Donationes, quae in rem publicam fiunt, l. 1 § 1 ibid.

romano de la *pollicitatio*, alcanzó su desarrollo completo, y la teoría ha reconocido este hecho al expresar el principio: el sujeto del fin en la liberalidad no puede ser sólo una persona en el sentido del derecho (*persona certa* — jurídica, física), sino también la sociedad (*persona incerta*), a los bienes que se adjudican de este modo, cualquiera que sea la técnica jurídica que pueda aplicarse, se les puede llamar, desde el punto de vista económico social, patrimonio social o propiedad social.

En lo que concierne al destino secundario de la cosa, se repite el contraste de nuestros tres sujetos del fin en la servidumbre, es decir:

- a) para el individuo: la servidumbre personal y predial,
- b) para el Estado: la servidumbre pública (*).
- c) para la sociedad: el uso común legalmente protegido de las tierras privadas (**).

(*) Según el derecho romano, es posible la servidumbre personal habitual para las personas jurídicas, es decir también para el Estado — un pensamiento poco feliz, su mantenimiento por las nuevas legislaciones seguramente no muy digno, cuya falta de sentido se manifiesta ya en el hecho que no se podía admitir aquí la duración del mismo hasta la extinción de la persona, dada en el concepto de la servidumbre personal, sino que fue preciso limitarla a un máximo (100 años) por disposición positiva. l. 56. **de usufr.** (7.1).

(**) La razón jurídica puede ser doble: ley y concesión por los propietarios; la primera, por ejemplo, en el camino de sirga, l. 5 de R. D. (1.8, 1, 30 § 1 de A. R. D. (41.1), la última, por ejemplo, en los pasos públicos a través de granjas y tierras, l. 1 § 2 **de his qui eff.** (9.3)... **locus privatus, per quem vulgo iter fit.** l. 31 ad l. Aquil. (9.2). La contraparte de esta cosa privada en uso público es la cosa pública en uso particular: **tabernae publicae, quarum usus ad privatus pertinet.** l. 32 **de contr. emt.** (18.1).