UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

## BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

**Biblioteca:**

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

| **Piso:** | **Estante:** | **Bandeja:** |
|---|---|---|
| PB | 03 | 12 |

**Convenio interinstitucional:**

**Enlace al catálogo:**

34 (37)
A. 496
V. 2

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

340.54
AM496
V.II

Dr. CARLOS E. AMBROSIONI

ID: 32773
Alta 4003196

BIBLIOTECA
Instituto Derecho Comparado
Universidad Central
Quito - Ecuador
No. 20114097 Año
Precio 155 1/4 Donación

Estudiado

# Lecciones de DERECHO ROMANO

## II

P PB
E 03
B 12

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

EDICIONES
Librería Jurídica
La Plata - 1965

misma noción de la relación jurídica, sino que varió conforme al proceso evolutivo que siguieron las instituciones romanas.

Si las citadas relaciones no son otra cosa que los engranajes dinámicos que permiten la adaptación constante de las estructuras estables del Derecho, facilitando su renovación permanente por medio de la inclusión de los elementos económicos, culturales y en general sociales que predominan en la sociedad, es claro que tales instrumentos no han sido siempre los mismos ni que los conocidos por una época hayan pasado a la siguiente manteniendo igual significado.

Por lo que resulta práctica y teóricamente imposible conocer los referidos medios de evolución de las instituciones romanas sin tener en cuenta el grado de desenvolvimiento económico, y cultural de la sociedad.

La primitiva organización clánica no tuvo otros sujetos que las gentes y las familias, por lo que la trascendencia de los hechos de la vida solo podían producir influencias jurídicas en tales unidades y no en el individuo considerado aisladamente.

En tales fases del Derecho Romano, hechos naturales como la muerte, solo incidían en tanto en cuanto afectaban al jefe del clan.

Posteriormente con la comunidad territorial o civitas, cambiaron las cosas; se perfiló la figura del ser humano, del individuo como protagonista del drama del mundo, y aunque no se llegara a las últimas consecuencias a que arribó siglos más tarde el liberalismo, se esbozó mediante la disgregación de los grupos familiares, la ulterior trascendencia de la persona física.

Desde que las relaciones jurídicas se refieren al estado o al patrimonio del sujeto del derecho, resulta lógico que su historia esté vinculada íntimamente con la de la personalidad.

Con la aparición de la ciudad pudieron ser titulares de relaciones jurídicas no sólo los jefes de las economías familiares que integraban la comunidad romana, sino también los excluídos de ella, los plebeyos.

De esa manera la regulación establecida por el derecho quirita

rio involucró a los que no pertenecían a las gentes históricas, por lo - que pudiendo tales seres ser titulares de situaciones estables, se aplicó- a ellos la correspondiente dinámica jurídica.

Por lo que queda dicho se comprende sin más que en tales fa ses del Derecho que estudiamos, no siempre los hechos o los actos jurídi cos se refirieron a cualquier ser humano, sino que solo tuvieron tal tras cendencia en la medida en que era sujeto del derecho.

Y esto porque si bien en punto a los hechos jurídicos bastaba con que fueran fenómenos naturales previstos por el orden jurídico para que produjeran efectos homónimos, con respecto a los actos se necesita ba además ciertos requisitos.

Los actos son hechos voluntarios del hombre, pero no siempre bastó la voluntad del individuo para que produjeran consecuencias lega les. La historia del Derecho Romano nos demuestra en forma cabal que -; fue penosa la generalización y que la simple manifestación de voluntad llegó a desempeñar un rol de importancia solo luego de arduos esfuerzos

Queremos así justificar la siguiente afirmación; en el primitivo período de nuestra historia, solo ciertos hechos,determinados actos del hombre tuvieron la virtud de crear, extinguir, alterar situaciones reguladas por el derecho quiritario.

Debemos en consecuencia abstenernos de las abstracciones - que son el resultado de la labor de los siglos posteriores y no afirmar,como se suele hacerlo, que cualquier hecho, cualquier acto tuviera dicha virtud.

Durante la civitas los hechos y actos que influyeron en las situaciones jurídicas fueron los que correspondían a la esencia de la referida comunidad territorial, y aunque se basaba ésta sobre los individuos que la componían (ciudadanos) no por ello afectaban menos al individuo que a determinados grupos, los familiares.

Fue con el auge del derecho honorario fundado sobre la equidad y la consideración de que las normas jurídicas regulaban la actividad de los hombres libres, así como la aparición de nuevas formas de -

vinculación exentas del viejo formalismo, que las fuentes productoras de relaciones jurídicas se extendieron en forma insospechada.

Hubo entonces que completar el ciclo evolutivo señalado para que los hechos y actos jurídicos, así con la generalidad con que se suelen mencionar en los textos, tuvieran la efectiva trascendencia en el campo del derecho.

Lo que antecede nos permite desarrollar el siguiente cuadro:

| | |
|---|---|
| 1a. etapa<br>Organización<br>clánica | Las relaciones jurídicas nacen, se modifican y extinguen mediante hechos o actos: a) que afecten a los jefes de los clanes, y luego de las familias. b) Si reúnen además las formas reconocidas por el ius civile. c) Tales formas eran muy pocas y comprendían un número limitado de actos. |
| 2a. etapa<br>Organización<br>territorial | Los hechos o actos se hallan regulados por el derecho quiritario y conciernen, como en la etapa precedente a los jefes de familias, o sea a los sui iuris. Se mantienen los requisitos de la fase anterior.<br>El derecho de gentes recibido por los magistrados y promagistrados extiende la esfera de acción señalada: 1o.) involucrando como sujetos a los hombres libres aunque no pertenezcan a la comunidad romana; 2o.) admitiendo hechos y actos sobre la base de la equidad. |
| 3a. etapa<br>Imperio | Producida la unificación jurídica de todo el imperio desaparecen las distinciones entre el derecho civil, el de gentes u honorario y el derecho imperial. Hay un sólo derecho y a él está sujeto todo el territorio sometido a la soberanía del emperador. |

| | |
|---|---|
| 3a. etapa<br>Imperio | Los hechos y actos voluntarios adquieren la generalización suficiente para que pueda considerárselos como productores de relaciones jurídicas, sin exclusiones ni reservas. |

Para explicar con más claridad lo expuesto recurriremos a algunos sencillos ejemplos. Supongamos el período clánico: la muerte es un hecho que produce efectos jurídicos desde que extingue una persona y hace nacer derechos en otras. Sin embargo en tal etapa solo el fallecimiento del jefe del clan o del de la familia producía esas consecuencias, desde que eran los únicos que podían ser sujetos del derecho. Es más, quedaban excluídos los plebeyos aunque fueran sui iuris ya que sus familias no estaban reconocidas por el ordenamiento quiritario.

Con respecto a los actos voluntarios no todos afectaban al clan o a la familia; era necesario que se hubieran empleado las formas reconocidas por la comunidad: así en el campo contractual, el nexum, y en el delictual ciertos hechos ilícitos, generaban la obligación romana.

Durante la comunidad territorial y mientras se mantuvo la exclusiva vigencia del derecho civil, se modificó un poco la situación, admitiéndose a los plebeyos como sujetos del orden legal y reconociéndose que los hechos y actos voluntarios mencionados pudieran también afectarles.

Se perfiló entonces desde la creación de la magistratura que estaba encargada de resolver los conflictos entre extranjeros o entre éstos y los ciudadanos, una nueva esfera de actuación jurídica la que fundada en la equidad, amplió el ámbito de las fuentes de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, como ya hemos señalado no fue ello un resultado inmediato sino el producto de una larga evolución, ya que durante muchos siglos se consideró que el orden así creado no gozaba de los atributos del derecho, y sólo presentaba los caracteres de una normación de hechos garantizado por el imperio del magistrado.

De todos modos en esta materia como en otras la infiltración de los principios de la buena fe, que se extendieron a las relaciones en

tre los ciudadanos con la adopción del procedimiento formulario, terminó por ampliar los estrechos límites de las fuentes productoras de relaciones jurídicas en que vivía encerrado el antiguo derecho quiritario.

De ahí que se terminara por reconocer que los hechos que afectan al sujeto del derecho tienen trascendencia y operan sobre las relaciones jurídicas, así como también cobran en ciertos casos, sin afectar la personalidad del individuo, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones.

No podemos en consecuencia comenzar tratando nuestro tema con la defectuosa generalización de que los hechos y actos voluntarios que producen efectos jurídicos son hechos o actos homónimos; con ello nada decimos, es menester previamente tener en cuenta la antedicha evolución para comprender que una generalización semejante sólo es válida, y con reservas, en las últimas fases del Derecho Romano.

Hechos son los acontecimientos naturales o del hombre, con prescindencia en este último caso de la intervención de su voluntad, que producen, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Actos son los hechos voluntarios del individuo que generan los efectos antedichos.

Aparece el Derecho como un conjunto de estructuras fijas y estables; son las situaciones jurídicas; pertenecen a ellas los estados de la persona, la organización de la familia, los derechos reales, etc.

Esas estructuras necesitan realizarse y experimentan todas las vicisitudes de la experiencia vital, por lo que el movimiento de las mismas, la transformación que sufren en el devenir del mundo, se produce mediante las relaciones jurídicas, mediante los hechos y actos jurídicos.

Si pudiéramos detener la vida por un momento, observaríamos sus elementos estables inmovilizados y encontraríamos a los sujetos del derecho en sus posiciones estáticas: estado de libertad, de familia, de ciudad, los derechos reales; ello en el campo del derecho privado; organización política, administrativa, en el del derecho público.

Pero advertiríamos también una serie de fenómenos en aptitud de modificar las situaciones anteriores, paralizadas por la momentánea detención de la existencia.

Y esos fenómenos que son los que ponen en movimiento las es-

tructuras antedichas, son los hechos y actos jurídicos. Estos son en consecuencia los instrumentos motores que realizan la actividad, el intercambio de esas células (valga la comparación aunque no sea idónea) que forman las estructuras. Mediante tales hechos o actos se lleva a cabo el intercambio económico, se organiza la vida de los seres que alcanzan la plenitud vital, y se prevén las consecuencias del futuro, para cuando el hombre haya dejado de existir.

Supongamos por vía de ejemplo la sociedad jurídica detenida; vemos sus organizaciones básicas; la familia, los demás derechos reales. Si por arte de magia se pusiera en movimiento enseguida veríamos a los hombres en acción, los veríamos realizando el intercambio económico de sus productos, los veríamos unirse a las mujeres, engendrar hijos, educarlos, veríamos crecer a los pequeños, llegar a ellos a la pubertad y luego a la madurez y morir, repitiéndose luego similar proceso. Y todo ello a través de innúmeros actos naturales, económicos, religiosos, culturales, sociales, y sobre todo jurídicos que a todos ellos involucran.

Los hechos naturales pueden generar importantes efectos jurídicos: el nacimiento crea un nuevo sujeto de derecho; beneficia a los padres con fundamentales derechos, dándole al varón preferencias en los honores y en la carrera de las magistraturas, liberando a las mujeres, si se dan ciertas condiciones, de la tutela de los agnados o de la legítima del patrono: ius liberarun.

La extinción natural de la cosa determina el fin de los derechos reales y también de las obligaciones porque ya no existe el objeto de la prestación; acaba con la posesión que implica imprescindiblemente el objeto sobre el cual ha de ejercerse el poder de hecho que por definición supone.

La muerte del individuo elimina una persona y produce sustanciales efectos porque permite la adquisición de todo un patrimonio por los llamados a él mediante la voluntad del testador o de la ley.

Los hechos de la naturaleza aunque pertenezcan al hombre no requieren la voluntad ni la capacidad necesaria para que aquellos sean válidos; de ahí que cualquiera sea la edad, la condición y el

estado mental del individuo que por ejemplo, siembra o edifica en campo ajeno, surgen las consecuencias jurídicas que la siembra o la edificación en tales supuestos determinan.

En consecuencia, los hechos naturales, sean o no humanos, a veces, tienen la virtud de crear, alterar, o extinguir una situación jurídica.

También influyen sobre las mismas relaciones jurídicas, - por cuanto es evidente, que estinguiendo un hecho de la naturaleza el objeto de la prestación, por ejemplo, acaba con la obligación y elimina la sujeción en la que estaba el deudor con respecto al acreedor.

Lo que nos lleva también a reconocer que aún dentro de la dinámica del derecho a que hemos aludido se producen fenómenos análogos a los que influyen sobre la estática jurídica. Nos conduce ello a admitir una clasificación; 1o.) hechos de la naturaleza que operan sobre las situaciones jurídicas: la creación de un derecho real, o su modificación (el establecimiento de una servidumbre o de una prenda o hipoteca); el nacimiento, la muerte; 2o.) hechos de la naturaleza que actúan sobre las relaciones jurídicas modificándolas o extinguiendolas: la destrucción de la cosa objeto de la obligación que extingue esta última, etc.

Aunque no aparezca expresada en las fuentes en forma expresa, la anterior clasificación se halla, desde luego, tácitamente admitida por los jurisconsultos romanos desde que comprenden, con claridad, lo diferente que es la constitución, modificación o extinción de un derecho real, o de la modificación o extinción de una obligación - en virtud de un fenómeno natural.

Este actúa sobre las relaciones jurídicas generando excepciones o causas de inimputabilidad por el incumplimiento de la prestación a la que el deudor estaba obligado.

Los actos jurídicos son siempre actos voluntarios, lícitos, que suponen la capacidad de derecho y de obrar del sujeto. Si los hechos naturales influyen sobre la regulación jurídica de los hombres, con mayor razón lo hacen los actos voluntarios de los mismos. En realidad - desde que decimos "acto" se sobreentiende el requisito de la voluntariedad, pues el acto es un hecho humano querido por el individuo.

El hombre tiene conciencia y voluntad; y los hechos conscientes y voluntarios del mismo se llaman actos. Si se ajustan estos al orden jurídico, los mismos son actos jurídicos; si en cambio infringen dicho ordenamiento, son actos ilícitos.

201o.) Clasificación.- Los romanos clasificaron los actos jurídicos en 3 categorías : 1o.) Actos legítimos; 2o.) contratos; 3o.) actos de gestión.

Actos legítimos fueron los realizados de conformidad a las formalidades del derecho civil y pudieron ser: a) judiciales; b) extrajudiciales. Entre los primeros estaban las acciones de la ley (legisactiones) modos solemnes de proceder en justicia, a los que nos referiremos en la siguiente clase. Entre los segundos se contaban el nexum, la sponsio, la stipulatio, el negocio peraes et libran (con el cobre y la balanza).

Los contratos son una innovación recibida por el derecho romano en virtud de las influencias del derecho oriental; la misma equiparación con la palabra griega "synallagma", lo pone de manifiesto.

Aunque tuvieron los juristas romanos diferentes concepciones del contrato que expondremos, con detalle, cuando nos ocupemos del fenómeno, es indudable que en su máxima evolución entendieron por tal la mutua obligación de las partes, por lo que quedaba siempre excluido el concepto del acto legítimo.

Finalmente la gestión consistía en la administración de un patrimonio ajeno.

No hay que creer que las ideas antedichas aparecieran en forma clara y distinta entre los prudentes; al contrario la confusión de las mismas provoca más de una dificultad en la interpretación de los textos de la compilación de Justiniano.

Nosotros llamamos actos jurídicos a los tres grupos precedentes, terminología que no es objetable siempre y cuando se tenga presente que la misma fue desconocida para los técnicos de la ciudad del Tíber o de la ciudad de Constantino.

Resumamos en un breve cuadro cuanto antecede:

| | | | |
|---|---|---|---|
| ACTOS JURIDICOS | 1o.)Actos legítimos | a)JUDICIALES | acciones de la ley (legis actiones) |
| | | b)EXTRA JUDICIALES | Nexum<br>Sponsio<br>Stipulatio<br>Dotis dictio<br>Jusjurandum liberti |
| | 2o.)Contratos | Synallagma | |
| | 3o.)Actos de gestión | PROCURATOR NEGOTIORUM GESTOR | |

Los contratos tuvieron su origen y fundamento en el derecho provincial; sobre todo, como hemos expresado, en el helénico, aunque no ha de creerse que solo se conocieran en los posteriores períodos de la etapa postclásica, sino ya mucho antes, mediante las innovaciones realizadas por el derecho de gentes.

De ahí que los contratos tuvieran como fundamental basamento, la equidad, la buena fe y fueran recibidos dentro del organismo jurídico de la comunidad romana a través de la obra de los magistrados y promagistrados.

Desde luego la evolución produjo alteraciones importantísimas; la desaparición del antiguo formalismo del derecho civil condujo al olvido de los actos legítimos, que en la faz procesal fueron en la 2a. mitad del siglo I a de J.C. substituídos en gran parte por las fórmulas del derecho pretoriano. Asimismo los actos legítimos extrajudiciales cayeron en desuso y en su lugar entraron a ocupar el primer plano, los negocios del derecho de gentes, los contratos.

Estos asimismo sufrieron fundamentales transformaciones; concebidos al principio sobre la base de una alteración del mundo real, llegaron a configurar el predominio de la voluntad del hombre.

En efecto, la simple modificación de las situaciones o de las relaciones jurídicas por la sola voluntad humana fue algo que no pudieron asimilar los romanos de inmediato y que exigió penosos desarrollos para

que llegara a establecerse como axioma, y cuando ello ocurrió tampoco tuvo el alcance ilimitado que tiene en nuestros días, porque se restringió a ciertas esferas, las de los contratos puramente consensuales.

Requerían los juristas romanos además de la voluntad una forma o una causa para poder concebir que el hecho del hombre determinara efectos jurídicos.

Es mas, al comienzo la voluntad no había interesado para nada; bastaba que se cumpliera la solemnidad preestablecida por el derecho o tuviera lugar la causa consistente siempre en una alteración de hecho del mundo externo, para que el efecto jurídico se produjera, con prescindencia de si era o no el resultado de la libre voluntad.

Y se llegó a tal consecuencia, o sea a dar cierta participación al arbitrio humano en forma indirecta, mediante la recepción del derecho formulario en el tribunal de los magistrados y promagistrados, lo que ocurrió con el establecimiento del procedimiento formulario.

Y decimos que tuvo lugar de manera indirecta porque solo por la concesión de excepciones que sobre la base de la buena fe y de la equidad pudo hacer el pretor, fue posible que una obligación o un derecho real contraída o adquirido por las formalidades del derecho civil pudieron quedar sin efecto.

Por lo que el acto legítimo no requería la manifestación de voluntad, sino los requisitos de la capacidad de derecho, de la capacidad de obrar y la celebración de las solemnidades previstas por el derecho civil.

Distinto ocurrió con el contrato, pues como creación del derecho provincial, recibido por el derecho honorario, se fundó sobre la equidad y la buena fe, y por ende el fenómeno voluntario pasó a ocupar un lugar preponderante en la formulación de esos negocios.

No obstante no bastó al comienzo con la simple declaración de voluntad, por cuanto aún el derecho honorario imitaba al derecho civil y exigió además otro elemento, que hiciera las veces de la forma regulada por el derecho quiritario: fue la causa que consistió en la mo-

dificación del mundo exterior, en el cumplimiento de alguna prestación para que justificara la creación de acciones o de fórmulas.

Finalmente y en la época postclásica, para determinadas situaciones se admitió que la simple voluntad pudiera generar efectos jurídicos, como sucedió con los llamados contratos consensuales que habían sido en épocas anteriores reales, y se dispuso que el consentimiento fuera elemento indispensable para los actos legítimos, para los contratos y para los actos de gestión. Entonces también se utilizó el sustantivo "Contrato" para designar las tres categorías señaladas.

Sinteticemos en un pequeño cuadro lo que antecede:

| | | |
|---|---|---|
| Actos jurídicos hasta el Bajo Imperio | 1o.) Actos legítimos | No se requiere la manifestación de voluntad. La forma o solemnidad es suficiente para determinar los efectos jurídicos, siempre que existan la capacidad de obrar. |
| | 2o.) Contratos | Fundados sobre la equidad y la buena fe necesitan la voluntad, pero al principio la misma no es suficiente; se exige además una causa: el cumplimiento de una prestación por una de las partes. El contrato tiene dos elementos: 1o.) voluntad; 2o.) causa. |
| Bajo Imperio | 3o.) Actos de gestión | Suponen voluntad y administración de un patrimonio ajeno; cuentan con dos elementos fundamentales: a) la voluntad; b) la administración de un conjunto de bienes o patrimonio. |

| | | |
|---|---|---|
| Bajo Imperio | Contratos | Verbales<br>Literales<br>Consensuales<br>Reales<br>Se exige para todos el con - sentimiento, la manifesta — ción de voluntad, más una - formalidad o una causa, con exclusión de los llamados pu ramente consensuales, los que fueron asimismo limitados. |

202o.) Origen y trascendencia de la declaración de voluntad.- La declaración de voluntad adquirió trascendencia cuando el magistrado o el promagistrado, por intermedio del derecho formulario, pudo conceder las excepciones pertinentes, en los casos en que la misma faltaba o aparecía seriamente viciada, con el fin de paralizar la acción o fórmula que se ejercía sobre la base del acto jurídico celebrado.

Mientras existió el régimien de las legis actiones no fue eso posible por lo que poco importaba que el acto generador de la acción hubiera sido o no realizado con voluntad. Pero en cuanto pudo el magistrado suplir la deficiencia que el derecho civil presentaba, en la forma indirecta que hemos señalado, comenzarían a preocuparse los indivi — duos porque el negocio realizado no adoleciera de defectos en punto a la manifestación de voluntad que pudieran determinar su caída por medio de las excepciones.

Dichas excepciones estaban insitas en la misma naturaleza de - los actos tutelados por el derecho de gentes. Y como las fórmulas inspiradas en el derecho civil copiaron el formulismo del antiguo procedi — miento, fue necesario para que la declaración de voluntad tuviera relevancia que el pretor o el promagistrado añadiera a la acción pertinente, en la intentio, las palabras ex aequo et bono, con lo que autorizaba al juez a tener en cuenta también, sin necesidad de una excepción, los - requisitos de una voluntad libremente manifestada.

Sería entonces que la preocupación de los que hacían los nego-

cios por la manifestación voluntaria comenzara y terminara la voluntad por ser un requisito de los actos jurídicos.

Dada la importancia de este punto no consideramos una redundancia sintetizar en un breve cuadro lo que antecede:

| | |
|---|---|
| 1o.)Negocios del derecho civil | La declaración de voluntad adquiere importancia por la acción del magistrado o del promagistrado que se exterioriza de dos maneras: a) Concediendo excepciones cuando dicha voluntad falta o es defectuosa. b) Incluyendo en la "intentio" de la fórmula la cláusula "ex aequo et bono", en cuyo caso no se requiere excepción, estando el juez obligado a tomar en cuenta la existencia efectiva de la voluntad o los vicios que la afecten. |
| Derecho romano primitivo y clásico | |
| 2o.)Negocios del derecho honorario o de gentes | Como se basan sobre la buena fe no es necesario que el magistrado conceda una excepción o que incluya una cláusula especial para que el juez esté en el deber de examinar si la voluntad se manifestó libremente y sin vicios. |

Como consecuencia de ello en la etapa postclásica fue un principio inconcuso que los actos jurídicos necesitaban imprescindiblemente la voluntad libre, sin defectos, y se transformó el resultado obtenido por vía de la acción jurisdiccional, en una conquista del derecho sustantivo.

De ahí la 2da. fase de esta evolución:

| | | |
|---|---|---|
| Derecho postclásico | Actos jurídicos | Requieren la voluntad libremente manifestada y sin vicios. |

203o.) Los actos ilícitos.- Veamos ahora cuál fue la evolución de los actos ilícitos. Estos suponen la infracción del ordenamiento jurídico que la sanciona mediante una pena.

No podemos definirlos como aquellos actos voluntarios que vulneran las normas del Derecho produciendo una lesión en la persona o en el patrimonio de otro sujeto, sin causa, e incurriendo por eso mismo en una sanción de carácter penal. Y no podemos dar esa definición porque si la misma sería válida, con restricciones, para la última etapa del Derecho Romano, no lo sería igualmente para sus fases precedentes.

Al comienzo los actos ilícitos estuvieron constituidos por ciertos y determinados delitos que traían su origen de la primitiva organización clánica; de ahí que recibieran el nombre de delitos privados, para señalar una etapa en que no existía la comunidad territorial, es decir, en que no había aparecido todavía el Estado, y sólo la agrupación de los clanes configuraba el ente político conocido.

Determinadas infracciones, las previstas por la confederación de las gentes, eran susceptibles de generar obligaciones en el sentido propio y estricto de la palabra, y por ende los actos ilícitos estaban reducidos a las mismas. De manera que si quisiéramos definir dichos actos en esa época tendríamos que decir que eran las infracciones que conforme a la normación clánica, y de acuerdo a determinados tipos, los recibidos por la evolución histórica de la misma, generaban obligaciones en sentido restringido.

Posteriormente la comunidad territorial creó nuevas figuras que recibieron el nombre de delitos públicos porque en lugar de afectar a los dioses clánicos, a los sacra privata, ultrajaban a los dioses tutelares de la civitas.

Asimismo los magistrados y promagistrados, por medio del procedimiento formulario y la recepción del derecho de gentes, hallaron casos de ilicitud que merecían la intervención de su imperium, creando así figuras paralelas a las del derecho civil que aunque no genera —

ban en una obligación producían acciones con efectos similares.

Con lo que empezó a verse en la infracción no sólo de las normas del derecho civil, sino en las del derecho honorario, siempre y cuando llevara como consecuencia una sanción o pena, la figura delictiva, el acto ilícito.

Debía éste, por otra parte, sufrir otro desarrollo desde el punto de vista interno.

Quizá en sus orígenes la infracción de la norma en perjuicio de un clan ajeno o luego, de un individuo, configurara sin mas el delito, no entrándose a distinguir si había habido voluntad consciente en esa violación o simplemente imprudencia o negligencia.

No cabe descartar la idea de la responsabilidad objetiva en las primeras etapas del Derecho Romano, ya que derechos primitivos como el germánico la conocieron y no hay motivo para creer que fuera éste una excepción.

En ulterior período con la espiritualización progresiva, se construyó la teoría del dolo, del acto perjudicial y consciente del hombre.

Y finalmente se distinguió la culpa, en cuyo posterior proceso hay quienes sostienen que llegaron los romanos a la clasificación tripartita de culpa grave, leve y levísima.

De todos modos se realizaron esos desarrollos en forma paulatina, con vacilaciones, como lo ponen de manifiesto la distinción en la época clásica entre dolo bueno y el dolo malo, y la misma doctrina de la culpa, fraccionada en la de la custodia, la diligencia, la culpa leve in abstracto e in concreto, que tantas fatigas da a los romanistas.

La doble evolución del fenómeno nos permite sintetizar en esta forma la materia: 1o.) determinados actos ilícitos, los previstos por la organización clánica, dieron nacimiento a obligaciones que tenían carácter penal. Sólo en las relaciones de clan a clan eran concebible los mismos, pues dentro de cada clan y luego, dentro de cada familia, no había sino autoridad por un lado y sujeción por el otro. 2o.) La comunidad territorial admitió nuevas figuras que originaron también consecuencias penales ... 3o.) Hasta allí el acto ilícito era siempre un acto deter

minado, concreto, previsto por la regulación jurídica de la confederación clánica y de la civitas. 4o.) Por acción de los magistrados y promagistrados y mediante las facultades que les confería el procedimiento formulario, sancionaron determinados actos contra la buena fe y la equidad con fórmulas o acciones que perseguían igualmente el cumplimiento de una sanción o de una pena. 5o.) Paralelamente se produjo una evolución interna; al principio fue indiferente el elemento voluntario del sujeto que causaba el daño ilícito, luego se exigió el dolo y finalmente se sancionó también la imprudencia o la negligencia.

Tal desenvolvimiento culminó durante la época clásica y el derecho postclásico recibió los frutos de aquella labor pudiendo durante el mismo concebirse con la generalidad consiguiente el acto ilícito, contrario a la ley (en sentido lato) y reprimido con una sanción o pena: fue el delito, o con una indemnización fue el cuasi ex delito.

Hemos llegado por fin al momento en que puede tener sentido dentro del Derecho Romano el decir que los hechos y actos jurídicos crean obligaciones.

Mientras estas solamente podían surgir de las figuras históricas predeterminadas por el derecho clánico y recibidas por la comunidad territorial, en tanto que situaciones parecidas admitidas por los magistrados y promagistrados, se conocían como generadoras de fórmulas o acciones, no de obligaciones, la ulterior desaparición de los distingos entre el ius civile y el ius honorarium, terminó por facilitar la fusión y la consiguiente integración de los distintos conceptos en un único sistema en que aparecían los actos jurídicos y los actos ilícitos como fuentes de relaciones jurídicas.

Hagamos un somero cuadro sinóptico de lo que queda dicho:

Actos ilícitos
Epocas primitivas

1a. etapa

Determinadas infracciones de clan a clan se castigan con la venganza privada o admiten la composición voluntaria. Basta con que el acto sea contrario al derecho consagrado por los sacra privata y cause un daño. No se requiere el elemento intencional. Ni siquiera responde el victimario sino todo el grupo al que pertenece. Son los delitos privados.

2a. etapa

Se organiza la comunidad territorial o civitas y protege ciertos intereses también con penas imitando la regulación de la confederación clánica. La ilicitud reviste las formas de los delitos públicos también de número limitado.

Como característica común a las dos fases, solo esos delitos producen verdaderas obligaciones. La responsabilidad es objetiva.

3a. etapa

Mediante el procedimiento formulario los magistrados y los promagistrados reciben en sus Edictos los principios del Derecho de Gentes, esto es, de la equidad y la buena fe. Elaboran la teoría del dolo que conciben al comienzo como cualquier infracción a los usos cotidianos del tráfico.

Actos ilícitos
Derecho honorario

Sancionan ciertas infracciones a ese orden por medio de penas que se hacen efectivas a través de las fórmulas que conceden.

| | | |
|---|---|---|
| Actos ilícitos<br>Derecho honorario | 3a. etapa | Tales violaciones no son empero delitos en el propio sentido de la palabra, y no generan obligaciones, sino situaciones análogas reprimidas por el "imperium" del magistrado.<br>La responsabilidad en este campo es subjetiva. |
| Actos ilícitos<br>Derecho clásico | 4a. etapa | Corresponde al derecho clásico. Se distingue entre el dolo bueno (dolus bonus) y el dolo malo (dolus malus). Ello significa que no cualquier violación de los usos del tráfico hace dolosa y punible la conducta. Al lado del dolo aparecen ciertas situaciones que engendran responsabilidad aunque carezcan los sujetos que las producen de intención: la custodia, la diligencia que se exigen en determinadas situaciones, engendran también consecuencias jurídicas y la infracción a sus normas se consideran como actos ilícitos.<br>Progresa la evolución de la responsabilidad subjetiva. |
| Actos ilícitos<br>Derecho postclásico | 5a. etapa | Es la época postclásica o del Bajo Imperio. Culmina la evolución precedente. Se determina y define el dolo. Al lado de éste aparece la culpa. Se clasifica ésta en grados: grave, leve, levísima. A su vez la culpa leve puede ser: in abstracto, in concreto. |

| | |
|---|---|
| Actos ilícitos<br>Derecho postclásico<br>=<br>5a. etapa | Se refunden los resultados del Derecho Civil y del Derecho Honorario y se establece un solo sistema que corresponde al Derecho Imperial. Puede en este período hablarse de actos ilícitos en general que comprenden: a) los delitos b) los cuasi delitos. |

204o.) El negocio jurídico. Origen, desenvolvimiento, caracteres.- Nos toca ahora estudiar el fenómeno que recibe el nombre de negocio jurídico. En qué categoría de las estudiadas entra éste? La expresión negocio, "negotium", que quiere decir, "no ocio", no es extraña a las fuentes; lo que sí resulta ajeno a las mismas es la moderna concepción que de él nos suministran los autores.

Para entender lo que es el negocio jurídico, es necesario tener presente que el fenómeno jurídico que estudiamos antes de ser tal es un fenómeno económico. Mejor dicho, el Derecho recoge los resultados de la actividad económica del hombre para normarla en forma jurídica.

Naturalmente que así concebido el negocio jurídico siempre ha existido, aunque los romanos no formularan una teoría especial sobre el mismo.

Veamos si existieron en el Derecho que estudiamos los basamentos que nos permitan afirmar que aunque sus juristas ignoraron su doctrina, conocieron mediante realizaciones prácticas tal fenómeno.

Pero antes tenemos que señalar que los que admiten la diferencia entre acto y negocio jurídico (y conste que no todos se hallan de acuerdo en la distinción), conciben al segundo como una especie del primero que se caracteriza por ditintas diferencias que debemos analizar.

El acto jurídico es el acto voluntario lícito mediante el cual el hombre, por la declaración de voluntad, persigue y logra determinados efectos previstos por el ordenamiento legal; crea, modifica o extingue relaciones jurídicas.

El negocio jurídico se caracterizaría del acto, porque siendo un acto jurídico, sería algo más, presentaría modalidades propias que autorizarían a colocarlo en una categoría especial. Es indudable que el negocio jurídico dentro de esta tendencia que admite el distingo, es siempre una especie del acto jurídico, no obstante que históricamente lo habría precedido.

Para comprender mejor la esencia de esta institución consideremos por un momento que no existe el Derecho. Observemos a los hombres de nuestra hipótesis agrupados sin regulación jurídica alguna. Qué veríamos?

El hombre necesita proyectar su personalidad sobre las cosas, los objetos del mundo circundante, porque mediante ellos puede alimentarse y procurarse goces materiales y espirituales.

En la medida que esas cosas satisfacen sus necesidades reciben el nombre de bienes (lo que produce bien); mas en la apropiación de esos objetos no se halla libre el individuo; ya que aparecen otros que con igual título pretenden apoderarse de lo que necesitan para el desarrollo de su personalidad.

Si dichos bienes estuvieran en la naturaleza en cantidad tal que fueran bastantes para satisfacer a todos, no existiría problema alguno; mas la circunstancia de que ello no ocurra, de que se encuentren en forma limitada, no siendo suficientes para todos, provoca el conflicto.

La primera y primitiva composición de dicho conflicto es la fuerza; pero esta tiene sus límites, pues desde que el hombre solo no se concibe, desde que aparecen en la prehistoria y en la historia formando grupos, el vigor físico del individuo puede ser superado por la fuerza de la asociación.

Nace entonces la composición voluntaria del conflicto; se busca resolver la cuestión mediante formas pacíficas que el grupo admite y tolera.

Esas formas pueden consistir en ceder ante el adversario o bien ceder mediante una compensación.

Cuando ocurre esto último se alcanza la solución del conflicto

en forma económica y surge el negocio como fenómeno social. Poco a poco los distintos modos utilizados para la regulación de los diferentes intereses se esteriotipan, encargándose el derecho de normarlos haciéndoles producir determinados efectos jurídicos. Subsiste empero la libre voluntad del grupo o del individuo de la que dependen la existencia y la regulación - hasta en sus ínfimos detalles de la controversia económica que puedan protagonizar.

Tenemos entonces que el negocio económico es la manera de solucionar un conflicto económico de intereses por la libre voluntad de los interesados.

Con el creciente progreso de los grupos, con la aparición y consolidación paulatina de la comunidad territorial, es decir, del Estado, con la disgregación de los clanes y de las familias, la primitiva regulación jurídica sufre las variaciones que los tiempos le imprimen.

Con la idea de Estado aparece definido el concepto de los intereses comunes y se precisa con energía la intervención directa o indirecta de la comunidad en la solución de los conflictos que puedan producirse entre sus componentes.

Aumenta asimismo el vínculo de solidaridad, incipiente apenas en los conjuntos rurales de las primeras etapas, y el Estado asume un rol director en la vida de los individuos.

El tránsito de la economía rural a la del dinero y luego a la del crédito tiene su influencia en dicha transformación, ya que al hacerse cada día más complejo el mundo de los negocios, al aumentar asimismo la población, terminan por resultar inadecuadas y primitivas las viejas formas de componer los conflictos de intereses.

Deja entonces la regulación jurídica de estar en un segundo plano, a la citada zaga de la regulación económica que los individuos imprimen a sus relaciones, y en primer lugar aparece el Derecho no ya para normar supletoriamente lo que las partes han omitido, sino también para delimitar ciertas esferas de acción de las cuales los sujetos no pueden salir.

Queda empero dentro de esa limitación general establecida por

el Derecho objetivo, un vasto campo donde los hombres pueden desenvolver la propia voluntad como fuente de los efectos económicos y jurídicos de las soluciones que establezcan. En este estado del desarrollo los principios fundamentales que restringen el libre arbitrio del individuo son intereses colectivos, en cuya conservación y observancia, la comunidad pone todo su empeño. Los romanos los conocieron considerándolos partes del derecho público, y son los principios llamados del orden público y de las buenas costumbres.

Finalmente la intervención del Estado en la vida económica se refleja en el fenómeno que estudiamos, puesto que ya no se limita a recoger los negocios económicos para normarlos conforme al sentir popular, sino que lisa y llanamente establece una regulación propia de la cual no pueden apartarse los individuos.

Esta etapa corresponde en el Derecho Romano, sobre todo al Bajo Imperio, con la organización corporativa que durante ella se estableció sobre la masa de la población imperial.

Sin embargo y aunque parezca paradójico y contradictorio con cuanto queda dicho, en las primeras fases conocidas del Derecho Romano, o sea en la del derecho quiritario no se concibió el negocio jurídico, ya que la regulación económica de los conflictos debía llevarse a cabo mediante actos solemnes en los que poco o nada significaba la voluntad de las partes, y por ende, se excluía su intervención en la regulación de las consecuencias que estaban destinados a producir.

De ahí que no sea posible concebir a los actos legítimos más antiguos, el nexum, la sponsio, la stipulatio, como negocios jurídicos.

Fue en el Derecho honorario, con la recepción de las normas del tráfico y mediante los principios de la buena fe y la equidad que fue posible que las partes regularan los conflictos recurriendo a la voluntad, de la cual dependió que se produjeran los efectos previstos por el ordenamiento pretoriano.

Por lo que mediante los pactos se introdujo en este Derecho el negocio jurídico.

Y sin embargo la evolución en Roma no debió ser diferente a la antes indicada; lo que debe haber ocurrido es que la regulación jurídica de las formas negociales económicas participaron de la naturaleza religiosa que revestía en esos tiempos el "ius" transformándose, por consiguiente, su misma esencia voluntaria en una cuestión formalista y rígida.

No era en consecuencia tanto porque el Estado o mejor dicho - la confederación clánica debía intervenir en virtud de principios superiores a la voluntad individual, esto es en nombre del orden público o de las buenas costumbres, como por su carácter de fórmulas religiosas - que investían los actos legítimos, que se vió coartada la voluntad del sujeto sobre esta materia.

La creciente secularización del derecho si bien dejó subsistentes las formas religiosas del derecho quiritario, vió nacer el derecho de gentes y con él el retorno a principios que habían sido conocidas en sus aplicaciones prácticas, sin duda en los más remotos períodos.

Veamos entonces que la férrea concepción del ius civile hizo - imposible la noción del negocio jurídico, y que solo mediante el derecho honorario, con la liberación de aquellas fórmulas sacramentales, pudo aflorar nuevamente el fenómeno a la superficie de la realidad social y jurídica.

Con lo que queda dicho que históricamente la esfera de acción - del negocio jurídico se halló situada dentro de las normas propias del derecho de gentes.

Allí celebraron los que posteriormente serían límites a la voluntad: los principios del orden público y de las buenas costumbres constituídas éstas no por la moral, sino por los usos del tráfico cotidiano; allí se dió valor a la manifestación de voluntad como generadora de efectos jurídicos, en tanto y en cuanto la misma se hallara acorde con la costumbre del lugar.

La ulterior intervención estatal que hemos señalado determinó - que se volviera a restringir el campo de libertad de los sujetos del derecho en la regulación de los efectos jurídicos derivados de las relaciones

que los vinculaban. Dicho acontecimiento fue transformando paulatinamente muchos negocios en actos jurídicos.

Encontramos en consecuencia que es de la esencia del negocio jurídico la regulación de los efectos de la relación jurídica que surge entre las partes por la declaración de voluntad de estas últimas. Es ella y no el ordenamiento objetivo la que al producir las pertinentes resultados económicos, origina las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho.

Esto último se limita a recoger la espontánea manera de solucionar los conflictoseconómicos que tienen los componentes de la comunidad, para ubicarla dentro de figuras que crea y dota de efectos jurídicos.

El rol que desempeña el Derecho en tales casos no es rector, pues se limita a recibir los modos de componer los conflictos económicos y a darles nombre civil (nomen) y a otorgar acciones para hacerlos respetar.

Supone por consiguiente el negocio jurídico una comunidad que se maneja más por sus propias instituciones sociales, más por la acción de los que la integran que mediante la intervención de la autoridad.

Lo contrario ocurre con el acto jurídico en el que si bien es requisito esencial la declaración de voluntad, ésta desempeña el papel de desencadenante de los efectos previstos de antemano por el ordenamiento jurídico, mas no asume el rol central y regulador de los mismos.

La diferencia puede parecer sutil y hasta ha sido negada por muchos autores de valía, no obstante lo cual creemos que se halla perfectamente justificada.

Desde luego la absorción estatal de importantes sectores de la actividad privada tiene que conducir en forma inevitable a restringirla libertad del individuo en la propia regulación de sus conflictos económicos.

No se desconoce, empero, el valor de su voluntad, mas se avanza en el sentido de reducirla dentro de estrechos límites; a medida que los distintos elementos de la regulación y sus efectos aparecen da

dos en forma imperativa por la ley, se borran los perfiles del negocio jurídico, y surge un nuevo fenómeno al que se llama, por los que admiten la distinción, acto jurídico.

De manera que si en el negocio jurídico el Derecho o el Estado aparecían en segundo plano, proveyendo con normas supletorias la actividad jurídica de los sujetos, en el acto jurídico tales normas se hacen imperativas, les está prohibido a las partes dejarlas de lado, y sólo tienen la libertad de elegir o no la solución que la ley (en sentido lato) les ofrece.

La publicidad del derecho privado conduce a la muerte del negocio jurídico, pues se transforman sus instituciones fundadas sobre la organización social en instituciones estatales, reglamentadas por la autoridad.

Obedece por ende el distingo también a un aspecto político; la mayor o menor actividad del Estado en la esfera de acción de los individuos, permitirá una menor o mayor actuación del negocio jurídico o del acto jurídico.

De manera que políticamente el negocio jurídico corresponde al liberalismo económico; jurídicamente, a la regulación supletoria del Derecho, mientras que el acto jurídico coincide con la regulación estatal de la economía y con la ingerencia del Derecho Público dentro de las normas del Derecho Privado.

205o.) Definición.- Podemos así definir al negocio jurídico como la regulación secundaria que hace el Derecho de los conflictos económicos reglamentados por la voluntad de una o más personas, en la cual la manifestación de voluntad es la generadora de los efectos económicos y de los efectos jurídicos establecidos por el orden legal que se limita a dar un nombre a la regulación antedicha y a suplir las omisiones mediante normas que por eso mismo reciben el nombre de supletorias.

Es indudable que el negocio jurídico es primero económico; el Derecho recoge el fenómeno producido en el grupo y no hace otra cosa que darle estructura legal.

El acto jurídico es una reglamentación que impone el Estado y

aunque se inspire y deba inspirarse en los fenómenos sociales y económicos, surge como algo independiente desde que su eficacia no depende de la libertad de los sujetos, sino que es una fórmula de solución establecida por el derecho objetivo, de la cual no es posible apartarse.

A lo sumo mantiene el requisito de la manifestación de voluntad al solo efecto de producir las consecuencias jurídicas previstas en la solución aportada por el Estado; de ahí que se diga que en tal caso la declaración de voluntad es desencadenante y no creadora de las consecuencias o resultados que se hallan establecidos en forma imperativa en la reglamentación de la ley.

A medida que el Estado se interesa, invocando los fines de toda la comunidad, en las determinadas formas de componer los conflictos económicos entre los individuos, va dejando de lado la voluntad de éstos como reguladora de los diferentes efectos, para substituirla por el reglamento.

Queda entonces al arbitrio de los sujetos elegir o no determinado reglamento, pero una vez elegido no pueden innovar sobre los efectos legales.

El Derecho objetivo pasa entonces a ocupar el plano; deja en la trastienda al derecho subjetivo.

La libre manifestación de la voluntad de los sujetos produjo las consecuencias que hemos señalado al determinar los caracteres del negocio jurídico, pero en materia patrimonial, puesto que la regulación de la familia, aunque excluída durante siglos de la acción estatal, estuvo reservada a los grupos gentilicios, y el estado de las personas desde un comienzo fue materia exclusiva del Estado.

La declaración de voluntad es pues el primer y esencial elemento del negocio jurídico como expresión de la libre autonomía de los individuos, por lo que ocupa en esta materia el primer lugar y nada tiene de extraño que se haya definido a la especie de acto jurídico que estudiamos como la manifestación voluntaria destinada a producir efectos jurídicos.

Sin embargo como también ello corresponde al acto jurídico, es necesario añadir a la definición antedicha que es la autónoma decla

ración o manifestación de voluntad de la cual depende la existencia y los efectos destinados a producir.

Como asimismo se ha visto que el negocio jurídico fue primero y sigue siendo un fenómeno económico social, se hace hincapie en que conserva tal carácter aunque tenga un nombre dado por el Derecho y aunque éste lo regule jurídicamente conforme a consecuencias prácticas que se quiere provocar.

Betti (op. cit. p.99) Intituzioni di Diritto Romano - T. 1, Padova 1947, lo define como un acto de autonomía privada, al cual el derecho conecta efectos destinados a actuar la función socialmente relevante que caracteriza el tipo.

Esto del tipo corresponde a las formas o modos que la agrupación humana que se considere, ha encontrado para dar solución a los conflictos económicos de intereses que pueden producirse entre sus componentes.

Más restringido es el concepto que nos suministra Pasquale Voci (op. cit. p. 118, par. 45), Intituzioni de Diritto Romano, Milano - 1949, cuando dice que "Negocio jurídico es una manifestación de voluntad dirigida a la constitución, modificación o extinción de un derecho subjetivo, para la actuación de un fin permitido por el orden jurídico". Con esta última limitación el autor se refiere a la necesidad de que el derecho reconozca el fin práctico que persigue el negocio, lo que significa que ello ocurrirá siempre y cuando no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres.

Bonfante sigue un criterio similar cuando define el negocio jurídico como "aquella manifestación de voluntad, a la cual la ley, en las condiciones y en los límites por ella determinados, reconoce la virtud de producir los efectos jurídicos que han sido queridos por el sujeto" Intituzioni (Op. cit. p. 71 par. 24).

Desde luego en las fuentes del Derecho Romano no hallamos definido el negocio jurídico, y se explica ello porque los jurisconsultos del Imperio siguieron la metología causística heredada de la época republicana.

Por lo que la sistematización de los pandectistas se funda sobre

la generalización que hicieron de los textos del Corpus Iuris Civilis que se referían, por lo general, a casos concretos. No obstante lo cual aun que los juristas romanos no hayan formulado una teoría del referido fe- nómeno, es indudable que lo intuyeron, sobre todo a través del impor - tante papel que se asignó a la declaración de la voluntad, a la causa y a la doctrina de las condiciones. En la medida, pues, en que la volun - tad del individuo tuvo aptitud plena para reglamentar los efectos econó micos del conflicto pertinente, y en la medida que dicha regulación fue aceptada por el Derecho, cabe hablar de la existencia del negocio ju - rídico entre los romanos.

Savigny llama al citado fenómeno: "manifestaciones de volun - tad". Por eso dice (Sistema del Derecho Romano actual, op. cit. t. 2 p. 151): "En cuanto a los actos libres la voluntad del agente es suscepti - ble de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato for mar o destruir la relación de derecho, aun cuando esto no sea sino un - medio de conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces se llama a los hechos de esta especie "manifestaciones de voluntad". b) Puede tener - directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos ju rídicos aparezcan a la conciencia como subordinados, o no aparezcan - en absoluto". Quiere decir con la distinción que establece, conforme - surge de los mismos ejemplos que el autor da, que en el negocio jurídi- co la finalidad puede no ser, y no lo es en la generalidad de los casos, jurídica; así el que compra una cosa más que en propietario de ella en- el sentido legal, piensa en la utilidad práctica que de la misma puede- obtener, y quien caza a un animal persigue un fin económico sin impor tarle el aspecto jurídico.

Es lo que caracteriza al negocio jurídico; las partes se proponen antes que nada la finalidad económica, sin importarles el propósito de- la ley, por lo que con ello no se hace sino reconocer el lugar secunda- rio que en tal materia ocupa el Derecho que aparece siempre en el trans fondo de la actividad social.

Con ello el negocio jurídico asume las verdaderas proporciones que sin duda ha tenido y tiene; es esencialmente un fenómeno social, - un poco al margen de la regulación estatal, un poco al margen de la au toridad, y en tal sentido ocupa el mismo lugar que la costumbre tiene - frente a la normación jurídica del legislador.

Pero volvamos de nuevo al Derecho Romano; ocupémosnos de desentrañar el misterio con la misma mente, dentro de lo posible, que tuvieron los jurisprudentes romanos para la contemplación del problema. Despréndamosnos de los prejuicios, de las nuevas nociones aportadas por los siglos ulteriores y por la moderna ciencia del derecho. Insistamos una vez más en la forma en que los juristas romanos concibieron la cuestión.

Más cerca estuvieron ellos, por lo menos antes del régimen corporativo que imprimió al Imperio la monarquía romano helénica, de la verdadera esencia del fenómeno que los cultores de la ciencia jurídica de la Edad Media y de los tiempos modernos y contemporáneos.

Lograron tal milagro con infinitas dificultades, las que tuvieron que superar mediante rebuscados artificios técnicos que constituyen el asombro de nuestros días.

Ya hemos visto que la manifestación de la voluntad como generadora de efectos jurídicos no fue en principio reconocida por la antigua jurisprudencia, puesto que se vio obscurecida por el formulismo, producto de la vinculación estrecha que tenía el Derecho con la religión.

La enorme influencia que tal concepción arrojó sobre los espíritus de las generaciones posteriores, determinó que cuando tuvieron éstas en sus manos el admirable instrumento del derecho de gentes, pesara empero el perjuicio adquirido con tan largos años de uso de las instituciones del derecho quiritario, que determinó que por imitación, en lo posible, se volcasen las nuevas soluciones en los viejos moldes.

Va de suyo que la imitación no fue total porque de lo contrario no hubiera desempeñado el derecho honorario el trascendental papel que le cupo en la ya referida evolución.

Mas subsistió la obstinada resistencia a ver en la simple declaración de voluntad la causa capaz de originar relaciones jurídicas, de modificarlas o de extinguirlas.

Por esa razón el consentimiento como elemento fundamental de los contratos, la declaración de voluntad como requisito de los mismos, tardíamente se impuso a la consideración de los juristas.

Sin embargo cuando ello ocurrió se había verificado un acontecimiento extraordinario constituido por la creciente e ininterrumpida intervención del Estado en la regulación de los fenómenos económicos y sociales de la comunidad.

Quedó entonces muy reducida esfera de acción para el negocio jurídico en sus manifestaciones concretas, que fue reemplazado casi en su comienzo por el reglamento, por el estatuto, es decir por el acto jurídico.

Se salvó sin embargo la declaración de voluntad, que si no pudo actuar en la forma amplia y libre que supone por esencia el negocio jurídico, adquirió la importancia que las épocas anteriores le habían negado.

Y llegamos a la compilación de Justiniano; es de concebir que un régimen autoritario y despótico, que un sistema político basado sobre la omnímoda voluntad del príncipe, admitiera la regulación de los conflictos por la natural y flexible forma del negocio económico?

Que de extraño tiene entonces que no llegaran los juristas a formular una teoría sobre la institución y a precisar sus caracteres y modalidades?

Extraño resulta en verdad que un siglo tan aficionado a las definiciones y a la sistematización, como lo fue el de Justiniano, olvidara el negocio jurídico como materia de sus más caras especulaciones.

La explicación solo puede hallarse en la circunstancia de que los tiempos eran contrarios al referido fenómeno, como fueron enemigos de la costumbre con la cual el negocio jurídico tiene como punto de contacto, la espontánea actividad de los grupos sociales, con prescindencia de la intervención de la autoridad. Y no obstante tantos factores adversos, el Derecho romano nos ha legado una serie de principios básicos sobre la manifestación de la voluntad, una teoría completa sobre las condiciones y demás modalidades de los negocios jurídicos, tan completa que ha sido recibida, a pesar del tiempo transcurrido, por las más modernas legislaciones.

Hora es que resumamos, pues, nuestras conclusiones sobre el negocio jurídico en el Derecho Romano:

1a.) etapa clánica

A) Regulación de los conflictos por las gentes, luego por las familias conforme a los criterios económicos y sociales imperantes.

B) Recepción de esos modos de regulación por el derecho clánico: cristalización de las soluciones en fórmulas jurídicas, solemnes, de fuerte contenido religioso.

2a.) etapa de la civitas

El derecho quiritario norma los conflictos según las formas del derecho clánico. Admite empero a los plebeyos a participar de esas formas. El formulismo sigue siendo lo fundamental y suprime la declaración de voluntad que no aparece como requisito de los actos legítimos.

El negocio jurídico ha sido sofocado por el formalismo.

Negocio Jurídico

El derecho de gentes empieza a tener en cuenta la declaración de voluntad, porque se basa sobre la equidad y la buena fe y no sobre los arcaicos formulismos del derecho civil.

Se construye la tutela de la voluntad mediante el procedimiento. Manera indirecta de reconocer la eficacia de la declaración de voluntad.

3a.) etapa del derecho imperial

Los resabios del antiguo derecho impiden un total reconocimiento del principio, por lo que el consentimiento no es elemento esencial y suficiente para los negocios, y por ende tampoco lo es la simple declaración de voluntad.

Se reconoce finalmente al consentimiento como elemento esencial de los actos legítimos y de los contratos. Con lo que la declaración de voluntad ocupa el primer lugar en la regulación de ciertos conflictos.

4a.) etapa del derecho postclásico

Empero la circunstancia de que el Estado manifieste su absolutismo mediante su intervención en todas las esferas de la actividad social y económica, produjo como consecuencia el estancamiento del negocio jurídico. De ahí que no aparezca teoría alguna al respecto en la compilación del emperador Justiniano.

Un hecho como la declaración de voluntad, que no es seguido por la consiguiente modificación del mundo externo, difícilmente podía concebirse como productor de efectos jurídicos. El materialismo que estaba en la raíz de todas las concepciones jurídicas de aquellas épocas, la insuficiente espiritualización del fenómeno jurídico, impedían captar ciertas nociones que hoy se nos presentan como claras y evidentes.

Bastará con señalar un solo aspecto del problema: a duras penas y como algo excepcional, vieron los romanos en la promesa a los Dioses, o en la promesa dirigida a la ciudad cum causa, es decir, en virtud de un honor recibido, la posibilidad de que se generara una obligación.

Fuera de esos supuestos, la promesa unilateral (pollicitatio) requería que fuera acompañada por el principio de ejecución de la prestación prometida, y siempre y cuando tuviera como destinatario a un municipio o al Estado, para que produjera el extraordinario efecto de obligar al individuo.

De modo que al estudiar los hechos, los actos y los negocios jurídicos en el Derecho Romano debemos hacerlo teniendo en cuenta cuan

to antecede para no incurrir en los errores, en que a veces caen los autores quienes al no distinguir nos dan una visión falsa de lo que ocurrió en las épocas que consideran.

Con todas las trabas que en tal Derecho existieron para la formulación de una adecuada doctrina sobre la institución que nos ocupa, resulta incomprensible que con unas pocas palabras previas, indicando que los romanos no conocieron una teoría del negocio jurídico, se entre lisa y llanamente a tratar el asunto como si realmente hubiera existido esa teoría y con la completa serie de detalles que corresponden a la ciencia moderna.

Por esa razón tendremos que apartarnos más de una vez de las enseñanzas comunes.

206o.) Clases.- La doctrina ha distinguido diferentes clases de negocios jurídicos, olvidando que no todas las que enumera y describe son propias o pueden corresponder al Derecho Romano.

Distintos criterios se siguen para clasificar los negocios jurídicos: 1o.) Desde el punto de vista del sujeto pueden ser: a) unilaterales; b) bilaterales.

Son unilaterales los que producen los efectos con la sola declaración de voluntad de una parte; no decimos individuo por cuanto puede haber una pluralidad de sujetos y constituir empero una parte: así un impúber sui iuris necesita la auctoritas del tutor, en ciertos casos, para que su declaración de voluntad produzca efectos jurídicos; una corporación requiere la decisión de la mayoría de sus componentes, etc.

La pollicitatio era un negocio jurídico unilateral en el Derecho Romano; consistía en la promesa que hacía la parte de realizar una prestación a favor de los Dioses o de la comunidad. Sin embargo fuera del supuesto de que estuviera dirigida a la divinidad, exigía una causa o un hecho: comenzar el cumplimiento de la prestación, de donde se deduce que no fue un puro y simple efecto de la declaración de voluntad el nacimiento de la obligación, salvo la excepción antedicha, es decir, de la promesa a las deidades.

Se suele colocar también el testamento en esta categoría de ne

gocios. Una vez mas la generalización resulta incorrecta para la comprensión del fenómeno jurídico en el Derecho Romano.

El testamento que se realizó en los comicios calados era una ley, por lo que mal podía concebírselo como un acto de autonomía del causante.

Cuando apareció el testamento por aes et libram se tomó la mancipación, un acto legítimo, como forma para realizarlo mediante las adaptaciones consiguientes.

La simple declaración de voluntad (nuncupatio) en tal caso era un accesorio de la formalidad que determinaba la esencia y la razón de ser del instituto.

Posteriormente con el testamento reconocido por el pretor que solo daba lugar a la bonorum possessio, sine re al principio, cum re después, y con el testamento que surgió de las constituciones imperiales, se dió a la simple voluntad del sujeto, siempre y cuando revistiera determinadas formalidades, el valor que la doctrina le reconoce.

Hallamos otros negocios jurídicos unilaterales en el derecho pretoriano: la posibilidad de rescindir el contrato sujeto a la ley comisoria, por la voluntad de la parte que ha cumplido con sus obligaciones, mediante su sola declaración de voluntad. Aquí sí encontramos un típico negocio jurídico unilateral, y ello ocurre en el ámbito del derecho de gentes.

Los negocios jurídicos bilaterales nos llevan a la teoría del consentimiento. La declaración de voluntad en tales casos se forma con la participación de ambas partes, por lo que aquella lejos de pertenecer a cada uno de los sujetos en particular, se forma mediante la colaboración de ambos, adquiriendo vida propia. De ahí que se llegue al consentimiento mediante la oferta y la aceptación de ésta; o sea a través de manifestaciones singulares de voluntad que se funden para adoptar una nueva forma que reviste a dichas declaraciones de significado propio, constituyendo precisamente el consentimiento.

A este tipo de negocios pertenecieron los contratos, los pactos y las transacciones.

Desde el punto de vista de los efectos que producen se clasifican o agrupan los negocios jurídicos en : a) constitutivos; b) modificativos; c) declarativos; d) extintivos.

Constitutivos son los que crean relaciones jurídicas y tanto pueden ser los contratos, la pollicitatio, los testamentos. Excluímos las estipulaciones, el nexum y demás actos legítimos que por revestir el carácter de tales no son negocios jurídicos.

Son modificativos los que inciden sobre una relación jurídica existente a la que alteran, agregando o quitando algo; la más cabal expresión de este tipo la hallamos en los pactos adjuntos que podían ser in continenti o ex intervallo. In continenti cuando se agregaban al contrato al tiempo de su celebración; en tal supuesto podían aumentar o disminuir sus efectos; ex intervallo, cuando ello ocurría una vez celebrado el contrato; y entonces solo podían quitar, sin llegar a alterar la sustancia del acto originario, más no agregarle nada, excepto que no se hubiera dado cumplimiento a ninguna de las prestaciones que de él derivaban.

Declarativos fueron los negocios que se limitaban a determinar los alcances de una declaración de voluntad precedente; no podían realizarse en principio en forma unilateral, salvo el caso de los testamentos.

Y finalmente extintivos fueron los que extinguían los efectos jurídicos nacidos de un negocio anterior. Sobre este punto conviene aclarar que están excluídas las formas de extinción previstas por el derecho civil y que revestían el carácter de actos legítimos, como la aceptilatio (aceptilación) mediante la cual se extinguían las obligaciones nacidas de la estipulación o de la sponsio. Además tratándose de negocios jurídicos del derecho de gentes era necesario considerar: a) si este último había recibido plena ejecución, en cuyo caso la declaración de voluntad en contrario o extintiva solo tenía la virtud de producir un nuevo negocio jurídico; b) si no había el referido acto recibido su cumplimiento mediante las prestaciones pertinentes, entonces podían las partes, como una manifestación en contrario, dejarlo sin efecto; c) si una de las partes había cumplido con su prestación y la otra, todavía no, la

declaración extintiva determinaba que la 2a. adquiriese una excepción contra la acción de su acreedor, y éste una condictio para repetir lo que había entregado como consecuencia del negocio celebrado.

Desde el punto de vista de la oportunidad en que el negocio jurídico debía producir sus efectos se distinguían: a) los negocios por actos entre vivos; b) los negocios por causa de muerte.

Los primeros producían sus efectos, con prescindencia de que viviera o muriera una de las partes o ambas. Los segundos exigían la muerte del que formuló la declaración de voluntad para que comenzaran a surtir las consecuencias por él previstas. Los contratos pertenecen al primer tipo; los testamentos, al segundo.

Suelen los romanistas admitir otra clasificación en negocios abstractos y causados, considerando entre los primeros a los actos legítimos como el nexum, la mancipatio, la estipulación, la sponsio, la aceptilación. Nosotros que rechazamos la asimilación de dichos actos a los negocios jurídicos no podemos admitir tales ejemplos.

Es indudable que los actos mencionados fueron abstractos y no exigieron una causa concreta, la existencia de un fin práctico para que produjeran los efectos previstos por el derecho quiritario, pero lejos de ocurrir ello en virtud de su abstracción y por consideraciones superiores del buen ordenamiento económico como tiene lugar hoy día con los llamados papeles comerciales, lo fue por el hecho de que estaban encerrados en las fórmulas sacramentales, que por sus influencias religiosas, había elaborado el ius civile para normar las consecuencias de los conflictos económicos sociales ya descriptos.

Hallamos sin embargo el fenómeno en algunos verdaderos negocios jurídicos del derecho de gentes, como en la pecunia constituta, cuyo carácter abstracto no puede ponerse en duda.

Se dice que el negocio jurídico es abstracto cuando la causa del mismo está en su forma, salvo que en tal caso deja de ser negocio jurídico para convertirse en acto jurídico, por cuanto recibe toda su validez y vigencia del Derecho objetivo y no de la comunidad social.

En cambio el negocio jurídico causado es aquel que económicamente responde al fin práctico que la economía y la sociedad reconocen para componer o solucionar el conflicto de intereses.

En la medida que el negocio responde a los fines prácticos propuestos no por las partes, sino postulados por la organización social, coincidirá la forma elegida con la causa del negocio económico.

Si no se produce tal coincidencia es posible que se de el negocio jurídico simulado que puede ser: a) simulado absolutamente, en forma tal que solo exista la regulación jurídica y sin ningún contenido económico; es la simulación absoluta; b) simulado de manera relativa, lo que ocurre cuando las partes han elegido una normación jurídica que no corresponde a la regulación económica que debe normar el conflicto de intereses que existe entre ellas: es la simulación relativa.

Puede ocurrir también que la forma económica elegida para solucionar el conflicto de intereses sea reprobada por la agrupación, como por ejemplo la violencia, y que no obstante se la haya revestido de las formalidades jurídicas requeridas por el Derecho objetivo.

En tal caso existe el negocio jurídico, pero como se ha compuesto de manera ilícita, contraria a la moral, un conflicto económico, el negocio se anula. Es lo que ocurre cuando media violencia; la parte violentada, en la alternativa de sufrir un mal inmediato en su persona, o en su honor o realizar un negocio jurídico, opta por esto último, con lo que la composición del conflicto de intereses que el negocio económico presenta es aparente; en realidad se ha tratado de evitar un daño a valores a caros al sujeto y a la comunidad. Por tal razón se considera que el negocio tiene una causa ilegítima y se anula.

Dijimos párrafos precedentes que la circunstancia de hacer abstracto el negocio determina que el mismo deje de ser tal para convertirse en acto jurídico; sin embargo reconocemos que es muy posible que sea la misma conciencia social la que admita en algunos casos, por razónes particulares y siempre de seguridad, que determinadas formas basten para dar plenitud al negocio, con prescindencia de si realmente ha existido o no una causa. Es lo que ocurre con el derecho cambiario.

El hecho de que sea el grupo social el que practica tal reconocimiento y transforma al negocio jurídico en abstracto, implicaría de por sí que no dejaría de tener los caracteres fundamentales del negocio jurídico, ya que no sería la ley la que impondría tal solución, sino que la recibiría de la comunidad social.

Se prestaría así nuestra anterior opinión a plausibles objeciones que nos apresuramos a recoger, sin perjuicio de señalar empero que en definitiva el negocio jurídico resultante recibiría en tales casos modificaciones sustanciales que lo apartan de la concepción original que hemos dado y con la cual están de acuerdo los autores.

Otra categoría está dada por la diferencia que presentan los negocios en cuanto a la forma; se los agrupa en tal sentido en: a) negocios formales; b) negocios no formales.

Queremos desvirtuar desde ya un equívoco; todo negocio tiene forma; cuando se habla de negocios formales se quiere decir que la forma no depende de la autonomía de las partes, sino que está prefijada por el Estado, por la autoridad. Hay sin duda en el Derecho romano negocios formales, como el testamento del derecho de gentes, esto es, el testamento pretoriano o el configurado por las constituciones imperiales. Excluímos en cambio los actos legítimos desde que los mismos, como ya hemos dicho, no eran negocios.

Los romanos utilizaban en lugar de la expresión formalidad, el vocablo solemnidad; y solemne era lo que se hacía cotidianamente; la palabra deriva del sol que sale todos los días.

Consideramos ahora los elementos esenciales del negocio jurídico. Tales elementos reciben el nombre de requisitos porque la falta de alguno de ellos hace que el negocio sea inexistente.

207o.) Elementos esenciales, naturales y accidentales.- Los glosadores y comentaristas del Derecho Romano distinguieron tres clases de elementos en el negocio jurídico: 1o.) los esenciales o requisitos; 2o.) los naturales y 3o.) los accidentales.

Aunque la clasificación no es romana estuvo sin embargo en el

espíritu de los jurisconsultos y se halla implícita en los fragmentos de la compilación de Justiniano.

Sin los elementos esenciales es imposible concebir la existencia del negocio jurídico; no nace mientras aquellos no se hallen reunidos.

En cambio los elementos naturales y accidentales tienen un valor circunstancial.

Los primeros, los naturales, se refieren a los efectos del negocio y corroboran la afirmación que ya hemos hecho, sobre carácter supletorio que tiene el orden jurídico en esta materia; si las partes no han prevista en su regulación efectos especiales sobre determinados puntos, el Derecho objetivo suple dicha reglamentación. Tal fue lo que ocurrió con la garantía de evicción y de los vicios redhibitorios.

Verdad que sobre tales tópicos no existió al principio el criterio que indicamos, al extremo que fue necesario en cada caso concreto prometer la garantía de evicción por las estipulaciones del doble del valor del objeto y la indemnización por los vicios redhibitorios.

Pero con el tiempo se acostumbró a dar por sobreentendida la estipulación pertinente pasando a integrar los efectos naturales del negocio, siempre y cuando las partes no hubieran dispuesto de otra manera sobre el particular.

De ahí que los efectos naturales son los que corresponden a las normas supletorias del derecho objetivo y tienen lugar siempre que los individuos no hayan ordenado de otra manera la regulación de sus intereses.

*Distinto es lo que ocurre con los llamados elementos accidentales del negocio jurídico. Estos tienen lugar y operan siempre y cuando las partes se hayan pronunciado sobre los mismos, por lo que en defecto de su declaración de voluntad no cabe presumir su existencia. Pertenecen a este género el plazo, la condición y el cargo o modo.

208o.) Elementos esenciales o requisitos.- 1o.) Capacidad del derecho del sujeto; 2o.) Capacidad de obrar; 3o.) el objeto; 4o.) la forma; 5o.) la causa.

Estudiemos cada una de las clases de elementos que hemos reseñado como propias del negocio jurídico.

Comenzaremos con los requesitos; sabemos ya que son estos elementos esenciales, sin la cuales ningún negocio jurídico puede existir.

Atento a que los romanos no conocieron una teoría general del negocio jurídico, en vano buscaríamos en las fuentes los textos pertinentes que nos informaran sobre la generalidad del concepto; tenemos que construir a éste sobre la base de los casos particulares.

Y sobre esa base podemos afirmar que no hay negocio en que no se exija la declaración. Pero ésta para ser válida necesita que se cumplan ciertos presupuestos fundamentales. Y estos son: 1o) la capacidad del derecho del sujeto; 2o) la capacidad de obrar; 3o) el objeto 4a) la forma; 5o) la causa. En forma somera nos referiremos a los mismos.

La capacidad de derecho es un elemento indispensable, desde que su ausencia determina la falta de personalidad jurídica y hace inexistente el negocio.

Sin embargo en esta materia no nos interesa la incapacidad absoluta de derecho, ya que la misma excluye la existencia de la persona y carece entonces de toda relevancia jurídica.

Lo que sí nos importa es la incapacidad relativa de derecho; la misma depende del tipo de negocio jurídico que se considere. No podemos en consecuencia sentar una regla general. Hay sujetos del derecho que aunque dotados de la capacidad jurídica necesaria para adquirir derechos y contraer obligaciones, no pueden intervenir en determinadas relaciones jurídicas. Es lo que ocurre con el tutor que no puede comprar los bienes del pupilo ni por sí ni por interpósita persona, salvo que la venta se haga en subasta pública, o sea el resultado de una acción de indivisión provocada por otros condóminos y no por él mismo.

Tampoco pueden marido y mujer hacerse donaciones por razanes que explicaremos cuando nos llegue el momento de ocuparnos de tan interesante materia.

No era asimismo posible que la mujer garantizara en forma accesoria como fiadora, o principal como codeudora, las obligaciones de un tercero, salvo excepciones, en virtud de los dipuesto por el S.

C. Veleyano.

En una palabra, la capacidad de derecho que se requiere en- materia negocial es la relativa, y no se halla una respuesta genérica- que involucre todos los supuestos, ya que se menester tener en cuenta - cada caso en particular.

Tenía también influencia y fundamental c ' capacidad de obrar desde que la validez del negocio dependía de que el sujeto tuviera la libre administración y disposición de sus bienes, ya en la hipótesis con traria, que actuara con aquél el tutor o el curador en las formas que el orden jurídico establecía.

El objeto del negocio jurídico debía ser lícito. Se hallaban al respecto al margen de la autonomía de las partes las cuestiones relati- bas al estado de las personas, a la sucesión y a ciertas cosas que el de recho objetivo, por razones circunstanciales prohibía.

Eran prohibidos los negocios que se refirieran a las sucesiones de las personas vivas, aunque Justiniano alteró la regla en cierto sen- tido, y a la libertad o a la ingenuidad de los sujetos.

La causa consistía en la finalidad práctica del negocio; se re- quirió que la misma fuera lícita. Corresponde la causa al tipo negoci- al. La coincidencia de la finalidad empírica que se proponen los sujeto- tos con el fin que persigue el orden jurídico determina la existencia - de la causa. Requiere este, desde el punto de vista del derecho, la co rrespondencia de la figura jurídica, creada para regular el negocio e- conómico, con la verdadera intención que los sujetos se han propues - to en la realización del mismo.

De modo que si la referida causa no existe, si la voluntad de- las partes no persigue el fin social que el derecho supone, en vano ha brán utilizado las normas establecidas por el Derecho para el referido negocio; resultará una discordancia que puede conducir a la inexisten cia del negocio en sí o a una diferente regulación acorde con la fina- lidad real que las partes persiguen.

Si sólo existe la mera normación jurídica, carente de todo con tenido económico no hay negocio jurídico alguno, con lo que se pone

de manifiesto una vez más, conforme ya hemos dicho, el carácter accesorio que en la materia desempeña el orden legal.

Si en cambio la discrepancia obedece a haberse utilizado una forma del derecho que no era la pertinente para la composición admitida, se estará en presencia de una simulación relativa y siempre que no perjudique a terceros o no se haya hecho en fraude de la ley, la misma recobrará su real sentido, incluyéndosela en los tipos o figuras que el Derecho ha establecido para ellas mismas.

Puede ocurrir que no exista simulación sino que las partes se hayan equivocado simplemente en la denominación jurídica del negocio económico, en cuyo caso se restalece la situación aplicando las normas pertinentes al tipo jurídico que corresponda.

La causa como enseña Betti (op. cit, pág. 123), es la función económica social que el negocio cumple.

Cuando el negocio es abstrcto lo que interesa es la forma y no el contenido económico del mismo.

Aunque se conciben los actos legitimos como negocios y se los incluye dentro de la categoría de los negocios abstractos, volvemos a insistir en que no correspondieron a la libre autonomía de las partes, sino que fueron fórmulas impuestas por el derecho objetivo.

De todos modos es cierto que fueron abstractos, aunque en un comienzo no revistieran tal carácter del nexum, la mancipatio, la sponsio, la acceptilatio producian efectos jurídicos aunque no se adecuaran a una realidad económica y social, porque la sola forma basaaba para que tuvieran semejante relevancia; Dice Biondi (Intituzioni di Diritto Romano, Mileno 1946, op. cit., pag. 120): "Causa en este terreno indica la función económico social, el fin objetivo general y uniforme del negocio, que no debe confundirse con el propósito individual, que es diferente en cada negocio concreto. En los negocios causales la causa se confunde con el negocio, de manera de darle una propia fisonomía y un tipo bien definido; por ejemplo, la venta es un negocio causal, en cuanto tiene la función uniforme y constante de actuar el cambio de la cosa mediante el precio. En los negocios abstractos la causa no aparece

es siempre un fin práctico el que las partes se proponen, pero queda extraño a la estructura jurídica del acto; por ejemplo, la mancipatio comporta transferencia del dominio o en general de potestad sobre cosas o personas; pero el título o causa de la transferencia no resulta del acto: puede hacerse en virtud de una venta (venditionis causa), de donación (donationis causa), de pago (solutionis causa); tal finalidad no puede faltar; aunque no resulte del acto mismo, se ha tomado en consideración para disciplinar los efectos, y en el caso de inexistencia o de ilicitud o torpeza de la causa, la ley determina algunas consecuencias dirigidas a neutralizar los efectos del acto, que por ende se producen, desde el momento que la causa no forma parte del mismo".

Esto quiere decir que o la regulación jurídica se da para un tipo determinado de conflictos económicos de intereses, y nada más que para ese tipo, o bien puede utilizarse para diferentes negocios económicos, en cuyo caso posee una generalidad que falta en los primeros.

De ahí que también se llamen los negocios abstractos, negocios atípicos.

El tipo es el modo de componer el conflicto económico de intereses; existen sin duda distintas maneras de lograr la solución de una controversia de ese género. Si Ticio tiene una cosa en su poder que yo necesito puedo cambiársela por otra que yo tengo, puedo pedírsela prestada, a título gratuito, o mediante el pago de una compensación, puedo comprársela. Esas diferentes maneras de dirimir el conflicto de intereses que existe entre Ticio y yo, constituyen otros tantos modos lícitos de composición económica; son la causa o causas del negocio. Cada uno de esos modos, cada una de esas causas configura un tipo que recoge el Derecho y lo norma.

Cuando la reglamentación jurídica depende esencialmente de la forma negocial económica, se dice que el negocio es causado y típico.

Cuando en cambio no existe tal dependencia directa, cuando es posible utilizar una regulación jurídica para diferentes causas o tipos económicos, entonces nos hallamos en presencia del negocio abstracto o atípico.

Mientras el negocio jurídico típico solo sirve para una sola causa, cuyo contenido está dado por determinada forma de componer el conflicto económico de intereses; el negocio atípico se utiliza para una pluralidad de causas.

De ahí que se afirme que mientras uno tiene ínsita en su sustancia la causa, el otro solo de manera indirecta se refiere a la misma.

La causa puede ser lícita o ilícita. El ladrón que se apodera de la cosa ajena, a su modo, compone el conflicto económico de intereses que surge entre él que apetece la cosa y el dueño. Pero ese modo de solución se halla repudiado por la conciencia social y, como consecuencia de ello, lo reprime el derecho. Es una causa ilícita.

De igual manera cuando en virtud de la violencia se constriñe a una persona a realizar un negocio típico o atípico, normado por el derecho, aunque aparentemente nada hay objetable: la persona violentada ha querido componer el conflicto respectivo eligiendo una causa lícita, empero la ley considera que existe una causa ilícita, desde que antes de componer el aparente litigio, el que es víctima de la coacción trata de evitarse un mal inminente y serio. Para no sufrirlo es que consiente en vender, permutar, locar, dar en mutuo, etc.; para que no se lo ataque en su integridad física o moral, o en la de sus allegados, es que se aviene a realizar tales negocios, razón por la cual la violencia constituye una causa ilícita que la ley no tolera.

El negocio abstracto halla su fundamento en la seguridad; cuando una forma jurídica por su extensión ha alcanzado jerarquía similar a la moneda, porque sirve como común denominador para la adquisición o transferencia de derechos, se impone desvincularla de la causa a los efectos de que pueda garantizar a los terceros y pueda servir en el comercio económico y jurídico como verdadero valor de intercambio.

La desvinculación del negocio jurídico de los accidentes que derivan de su fundamento económico y local, resulta imprescindible sobre todo cuando se quiere dar a ciertos actos validez internacional, como son los que pertenecen al comercio mundial. Resumamos ahora cuanto se ha dicho.

Negocio Jurídico

1o.) Negocio jurídico típico

Corresponde siempre a una causa, la que consiste en la finalidad económica social que el grupo determina. Dicha causa no es sino el contenido económico, la forma de regular económicamente un conflicto de intereses.

En tales casos el negocio jurídico se designa siempre por un nombre que hace referencia a la causa o sea a su contenido económico compraventa, locación, conducción, mutuo, etc.

2o.) Negocio jurídico atípico

Prescinde de la causa; a él pertenecen o pueden referirse innúmeras causas; constituye una absoluta abstracción realizada en beneficio del comercio económico y jurídico.

Su valor fundamental radica en la seguridad y tiene por mira garantizar la situación de los terceros, ajenos a la primitiva relación de donde emanó.

En cuanto a la causa, esta puede ser:

1o.) Causa lícita

Está dada por los modos de componer el conflicto económico de intereses que admite el grupo social, y por consiguiente se hallan recibidos por el Derecho .

Hay siempre en ellos un fundamento moral indiscutible.

Causa

Las maneras económicas de solu - cionar el conflicto reañidas con - las ideas éticas del grupo determi nan su invalidez.
El Derecho recoge esa sanción y le da forma jurídica.

2o.) Causa ilícita

Hay pues modos ilegítimos de com poner las controversias, a los que no debe recurrirse, sopena de in - currir en la nulidad y en otras - consecuencias previstar por el De recho.

La causa ilícita opera en el negocio típico de manera inmedia - ta aunque se refiera a terceros de buena fe, los que no pueden adquirir mejor derecho que tenía el que les hizo la cesión del mismo.

El principio de que nadie puede tener mejor derecho que el que se lo ha conferido tiene estrecha y directa relación con el negocio cau sado „con el negocio típico.

El negocio abstracto empero se rige, en parte, por otras reglas; se considera al titular del derecho, aunque lo obtenga por cesión, co - mo si con ;él hubiera nacido, no obstante que en determinadas circuns- tancias pueden recaer sobr e él las consecuencias derivadas de la a cau sa original ilícita.

Los romanos distinguieron tales efectos mediante la diferencia - que concibieron entre las fórmulas o acciones in personam e in rem.

La afirmación de que el negocio abstracto se desinteresa de la - causa con relación a los terceros, se confirma por el hecho de que fren- te al que lo originó retoma la doctrina de la causa su plena vigencia.

Finalmente la causa puede ser expresa o tácita; la última solo - se halla en los negocios abstractos.

No hay negocio sin causa; aunque ésta en definitiva pueda resul tar indeterminada como ocurre en los negocios atípicos, dado que como

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

se refieren a una pluralidad de causas, no se sabe a priori a cual corresponde; en último lugar siempre debe existir una causa, una finalidad económico social que justifique la reglamentación jurídica.

Pero la ley presume y con razón que los que han elegido una forma jurídica negocial determinada, lo han hecho porque existía la causa económica, y a menos que se pruebe su inexistencia por el que resulta comprometido u obligado por ella misma, la ley le da los efectos plenos que según su ordenamiento debe tener.

209o.) La declaración de voluntad. Modos de exteriorizarse. El silencio.- Consideremos ahora con más detenimiento la declaración de voluntad; la misma para que produzca las necesarias consecuencias, debe exteriorizarse. El hombre lo hace mediante las formas conocidas ; la expresión directa o implícita de la misma.

A veces la declaración de voluntad es expresa; no se precisa ningún ulterior procedimiento mental para determinarla. Otras veces , en cambio, la misma es fácita; se requiere un proceso de inducción para captarla.

Además no hay una sola y única manera para exteriorizar la voluntad; hay tantos modos como medios para manifestar el querer subjetivo. Puede así efectuarse por la palabra, la escritura, el signo. O puede ocurrir que se realice mediante hechos, mediante el comportamiento del o de los sujetos de manera tal que ineludiblemente el hecho o el acto tenga un solo significado: la voluntad que se procura descubrir.

Si Mevio me ofrece en venta el fundo Capinate por un precio determinado, puedo contestar que sí, que lo compro por dicho precio; puedo también hacer una inclinación de cabeza en sentido afirmativo, y puedo finalmente, lisa y llanamente recibir la cosa y pagar la suma pedida.

Si nada digo no es posible que se pueda inducir de mi silencio la realización del acto jurídico. No obstante, a veces, ocurre que el silencio puede producir consecuencias jurídicas contra la persona que ha callado.

Ocurría ello sobre todo en determinadas formas, como en la in

iure cessio que presuponía que el que quería transmitir la propiedad de una cosa, o el que deseaba liberar a un esclavo o perder la patria potestad sobre un descendiente, se callara frente a la pretensión del adversario ante el tribunal del magistrado (in iure).

A veces el silencio tiene valor en otra forma, como cuando el que está amparado por una excepción contra la acción del contrincante no la pide, si es el caso de que el juez no puede entrar a considerar la defensa del demandado, sin la pertinente inserción de dicha excepción en la fórmula.

En otras oportunidades ocurría que el silencio podía afectar una relación de estado, como cuando la mujer denunciaba al marido, luego del divorcio, el embarazo y éste se callaba. De las diferentes situaciones que se encuentran en los fragmentos de la compilación de Justiniano, se ha construído la regla que el silencio produce, consecuencias legales siempre y cuando existe un deber de hacer una manifestación en contrario.

La manifestación tácita de la voluntad halla su expresión en los negocios que se perfeccionan mediante el cumplimiento de las prestaciones que las obligaciones generadas suponen. Si se echa una moneda en una de las balanzas para el peso que se encuentran en las estaciones de subterráneo o de los ferrocarriles, se concluye el contrato en esta forma. Hasta el seguro puede realizarse de igual manera.

210o.) Interpretación de la declaración de voluntad. Distintos criterios. La causa curiana.- Cuando la declaración de voluntad se exterioriza expresamente pueden darse diferentes situaciones: 1o.) puede ocurrir que la fórmula en la que se contiene la misma coincida con lo realmente querido por él o los sujetos, en cuyo caso no existe problema alguno. Como cuando la ley es clara, no se requiere ninguna interpretación. 2o.) Puede suceder empero: a) que se haya querido decir más de lo que se ha expresado; b) que se haya querido decir menos de lo que se ha dicho.

En estos dos últimos supuestos es menester que la interpretación corrija los defectos que contiene la fórmula donde figura la declaración de voluntad. Cómo proceder en la emergencia? Es posible atenerse pu-

ra y simplemente a la expresión oral o literal, lo que garantiza el valor seguridad jurídica. Es también posible referirse a la voluntad verdadera del que emitió la declaración, en cuyo caso se corregirá el texto sea por extensión o por restricción, adecuándolo a la verdadera intención del sujeto. Y finalmente queda un tercer camino, interpretar la fórmula no conforme al querer del individuo, sino de acuerdo al sentir del grupo social a que aquel pertenece.

El primer criterio es el que se concilia con la idea de justicia, y lo hallamos en la interpretación de los negocios abstractos en los que importa que se realice, por encima de todas las cosas, el valor seguridad.

El segundo pertenece a la equidad que procura con afán que la declaración de voluntad coincida con el querer interno del sujeto.

El tercero constituye una solución ecléctica que concilia los fines opuestos de la seguridad y la equidad.

Y a esas tres directivas pertenecen las distintas doctrinas que hace prevalecer alguno de los criterios enunciados.

En el Derecho Romano, rigió el primero en lo atinente a las reglamentaciones del derecho quiritario; el segundo en lo que se refería al derecho de gentes; y el tercero, en la época clásica, cuando los jurisconsultos recogieron las soluciones de ambos derechos para elaborar una nueva regulación que conciliara las soluciones de ambos.

El derecho quiritario no conoció otro método de interpretación que el que se atenía en forma estricta a la fórmula de la declaración de voluntad. Era lógico que así ocurriera ya que no se tenía en cuenta el elemento subjetivo del querer, sino el cumplimiento de las solemnidades que el acto entrañaba. Por eso es comprensible que se atuviera al criterio objetivo, haciendo prevalecer la forma sobre la verdadera intención del sujeto.

Fue el derecho honorario el que quebró la resistencia que oponía la rígida concepción del derecho civil, admitiendo la voluntad como soberana de la regulación jurídica, y como consecuencia de ello, aceptando que la contradicción entre la fórmula de la declaración de

voluntad y el real querer del individuo que la había emitido, se decidiera en favor de este último.

No es de creer sin embargo que se atuvieran los magistrados o promagistrados a los más íntimos misterios de la voluntad y que procuraran indagar en el fuero interno de la conciencia; elaborando como elaboró el derecho de gentes todos sus fundamentales principios sobre la base de la equidad y de los usos del tráfico, resulta ineludible creer, ya que es imposible demostrarlo, que se buscó no tanto el sentimiento de la persona sino el sentido que la comunidad daba a sus actos.

Con lo que se salvaron los romanos de la fantástica teoría psicológica que procura averiguar la verdad en el fuero más profundo de la conciencia humana.

Para ellos fue evidente la oposición entre justicia y equidad; entre el formalismo del derecho quiritario y la flexible espontaneidad que ofrecía el derecho honorario.

Mas allá no fueron, y el tiempo les dió la razón porque actualmente se vuelve en la interpretación de la fórmula de voluntad ambigua a tal criterio, superada la etapa que trató de encontrar en el proceso volitivo subjetivo a la verdadera explicación de toda obscuridad o a la superación de las contradicciones.

No se había llegado ni siquiera a intuir las consecuencias a que arribarían los siglos posteriores, cuando se presentó entre los juristas la cuestión de si debía predominar el mero texto de la manifestación voluntaria o su espíritu. Y ello ocurrió en tiempos de la República, a fines de la misma. El proceso que dió lugar a la pugna entre legalidad y equidad se conoce con el nombre de causa Curiana.

La cuestión en sí fue muy simple; una persona esperando tener un hijo de su mujer que, aún no había nacido, lo instituyó heredero en su testamento, previendo la posibilidad de que su esposa diera a luz luego de su muerte, y le substituyó, para el caso de que aquel, de nacer, muriera antes de alcanzar la pubertad, a un tercero.

Muerto el testador se dió que el póstumo que se esperaba no nació; se presentó entonces el substituto que lo era en virtud de una substitución pupilar a reclamar la herencia.

Un agnado, M. Coponio, pidió la herencia al tribunal de los centunviros, fundado en que prevista la sustitución pupilar que necesariamente suponía la existencia del póstumo, el hecho de que este no naciera determinaba la apertura de la sucesión ab intestatio.

Curio, el substituto pupilar, sostenía que si bien conforme a las palabras del testamento no podía inducirse que el causante proveyera para el caso de que el testador muriera sin heredero suyo, desde el punto de vista de la intención del mismo no era posible negar que tal había sido el deseo del que había testado.

Se trataba en consecuencia de saber si la substitución pupilar, podía valer o no como substitución vulgar. La letra de la declaración de voluntad contenida en el testamento, lo negaba; el espíritu, le pronunciaba en forma afirmativa.

L. Licinio Craso defendía a Curio; Q. Mucio Scaevola al agnado Coponio; y el tribunal se pronunció a favor de la tesis sostenida por el substituto, haciendo prevalecer la equidad sobre la letra de la fórmula. Se tuvo en cuenta la intención del causante y se pensó que de haber éste imaginado que el hijo que esperaba no naciera, hubiera provisto de manera diferente, haciendo a Curio beneficiario de una substitución vulgar.

La decisión adquiría mayor relevancia por la circunstancia de que provenía del tribunal de los centunviros, los que fallaban conforme a las normas del derecho quiritario, y no según las disposiciones del derecho de gentes.

Dice Betti (op. cit. p. 140) "la interpretación clásica es típica parte ella de la elemental experiencia psicológica que enseña cómo el hombre normal reacciona y responde de modo uniforme a cierta situaciones en las que se encuentra, y de modo diferente en otras sobre la base de tal uniformidad y diferencia, clasifica y configura por los tipos las expresiones y los comportamientos humanos con respecto a las situaciones y circunstancias socialmente relevantes (que están normalmente determinadas) en las que se encuadran, y a cada uno de esos tipos atribuye un significado constante aquel que según la máxima de experiencia, se deduce del hábito social y de la opinión común, sin te-

ner en cuenta por principio la eventual discrepancia con la opinión personal de las partes en el caso específico. Por el contrario la interpretación justiniana es, al menos como tendencia, individual".

La teoría opuesta al criterio objetivo consite en desentrañar el exacto sentido de la declaración de voluntad a través de la real intención del sujeto. Tal subjetivismo conspira, naturalmente, contra la certidumbre y la seguridad. De ahí que se halle como término medio, para no sumirse en el problemático campo psicológico de la interna volición del sujeto, la solución de indagar el sentido de la manifestación según los usos cotidianos del tráfico.

Los criterios de interpretación de la declaración de voluntad son los mismos que se aplican para la interpretación de la ley. Cabe así hablar de una interpretación extensiva o restrictiva, según que se haya dicho menos o más de lo que se ha querido.

211o.) El problema de la representación. Negocio jurídico a nombre propio o ajeno.- La manifestación o declaración de voluntad puede emanar del propio interesado en la relación jurídico, o de otra persona. En este último caso puede ocurrir: 1o.) que sea un hombre libre sujeto a la potestad del titular del negocio, ya sea porque está in mancipio, porque se halla sometido a la patria potestad o al manus, 2o.) que sea un esclavo.

Los sujetos a la potestad del paterfamilias son instrumentos de adquisición del mismo, por lo que los negocios que realicen en cuanto tiendan a adquirir algo, se hacen a nombre del jefe de la familia.

Pueden adquirir para el pater, pero no pueden obligarlo salvo excepciones. Estas excepciones eran: a) si el pater les había dado la orden de realizar determinado negocio, en cuyo caso nacía contra él la actio quiod iussu; b) si tenían un peculio profecticio con la libre administración del mismo, supuesto en que los tereceros podían accionar con la acción de peculio, que presentaba la particularidad de que el pater solo respondía con los bienes de dicho peculio, pudiendo asimismo retirar los aportes originales que había hecho y habían servido para constituirlo. Si dicho peculio profectio se empleaba para establecer un fondo de comercio, la acción se llamaba institoria; si se lo utilizaba para

armar un barco, excerditoria. En ambos supuestos, si mediaba concurso de acreedores la acción recibía el nombre de tributaria. En general tales acciones se denominaban adjectitiae qualitatis, por cuanto no eran sino las pertinentes al negocio jurídico celebrado, con la particularidadde que se dirigían contra el paterfamilias en la forma limitada que hemos señalado.

La posibilidad de que pudiera realizarse el negocio jurídico por un hombre libre no sujeto a potestad presentaba ciertas dificultades que hubo que superar.

Por lo pronto los actos legítimos no admitieron tal fenómeno, desde que exigían la presencia del interesado así como su intervención personal en dicho acto.

Las mismas fórmulas del derecho quiritario ponen en evidencia este requisito; el que adquiere por mancipatio o por iniure cessio debe decir: "aio", declaro que este hombre, por ejemplo, es mío en virtud de los derechos de los quirites, etc.

El derecho de gentes en cambio admitió que un tercero libre pudiera actuar por otro; desde que no exigía la formalidad de la presencia, autorizó que pudiera celebrarse el negocio por medio del nuncio, es decir del que llevaba la oferta o la aceptación de la oferta.

No se conoció sin embargo, la representación, esto es la posibilidad de realizar un negocio jurídico que incidiera directamente, en cuanto a sus consecuencias en el patrimonio de otra persona. Como dice Bonfante ( op. cit. p. 74, par. 25) "Hay representación cuando el administrador del patrimonio o de una hacienda de otro o el gestor de negocio aislado que realiza por cuenta ajena, los que en las relaciones jurídicas, actuando en interés de otro, manifiestan su propia voluntad hacen que los efectos del negocio gestionado recaigan en la cabeza del administrado".

Significa ello, según el mismo autor, que el dueño del negocio es el que adquiere o se obliga en virtud de la relación jurídica surgida del acto realizado.

Pero el Derecho Romano en el hecho de administrar un interés extraño no implica la facultad de representar a esa persona en cuyo beneficio se actúa.

La razón de que no concibiera la representación en el Dere - cho Romano puede hallarse, como dice Bonfante, en la influencia - que la antigua organización familiar tuvo sobre las instituciones del Estado, resultando ajeno a la misma que un tercero que no dependía - del grupo familiar, pudiera adquirir y obligar al jefe de familia.

Con respecto a la obligación existía otra imposibilidad que al mismo tiempo explicaba también el hecho de que ni siquiera el some - tido a la potestad del pater pudiera, sin su consentimiento, obligarlo. Esta última consitía en la constitución de un rehen con todas las tre - mendas consecuencias que ello implicaba, por lo que resultaba lógi - co que solo el propio interesado, mediante un acto de su voluntad, pudiera someterse a tales efectos.

Sufrió sin embargo excepciones el principio enunciado; así en determinados casos se permitió que un tercero libre pudiera accionar - en justicia mediante la institución del cognitor (infante, ausente); y asimismo se llegó a admitir la representación para adquirir la posesión por la mediación de un hombre libre.

212o.) Vicios de la declaración de voluntad.- Nos toca ahora tratar - de los vicios que pueden afectar a la manifestación de volun - tad. En la medida que ésta asume el rol preponderante en la teoría del negocio jurídico, se hacen más exigentes los requisitos establecidos - por la jurisprudencia para que la misma pueda producir los fundamenta - les efectos que el orden jurídico le asigna.

La declaración de voluntad debe ser el producto espontáneo - del individuo y debe coincidir con el tipo o la causa del negocio que se propone realizar.

Como consecuencia de tal principio, en tanto en cuanto el in - dividuo no exteriorice una manifestación acorde con la idea que ha - tenido del problema, en dicha medida aparece su querer viciado por - un defecto que puede lograr resonancias en el ámbito legal.

Surgen así las teorías del error, del dolo, y además se añade - la violencia, no obstante que ésta última corresponde a la causa ilíci - ta, aunque la doctrina tradicional la siga considerando como un vicio de la voluntad.;

213o.) El error.- El error puede ser de derecho o de hecho; involucra la ignorancia; esta última supone un total desconocimiento de las cosas; desde el punto de vista jurídico se halla equiparada al error; tanto vale tener un conocimiento falso o inexacto como la ausencia de tal conocimiento.

El error de derecho versa sobre el verdadero alcance y sobre todo en punto a la existencia de la regulación legal. Es un principio fundamental del Derecho Romano que dicho error no excusa, esto es no puede ser invocado. Y se explica que así fuera desde que las normas jurídicas no pueden ser, en principio, desconocidas por los que están sujetos a las mismas. Si su aplicación y vigencia dependiera del conocimiento previo de aquellos a quienes se aplican, el caos más pavoroso se introduciría en las comunidades.

No obstante lo cual se reconocieron excepciones; así ciertas categorías de personas podían beneficiarse de tamaño error; las mujeres, los rústicos, los menores de edad, los soldados.

El error de hecho es el que versa sobre algunos de los elementos esenciales o accidentales del negocio jurídico. Puede recaer: a) sobre la persona; b) sobre el objeto; c) sobre causa.

Asimismo puede ser en los dos primeros supuestos, un error de nombre, de identidad o de cualidad.

- El error sobre el nombre no altera la relación jurídica; siempre y cuando se mantenga la identidad de la persona o de la cosa sobre la que se ha querido realizar la negociación.

Si Ticio cree que contrata con Mevio, cuando éste es en realidad Gayo, aunque no tiene dudas que esa es la persona con la que quiere celebrar el negocio jurídico, este es válido.

El error sobre la identidad de la persona altera el acto en tanto en cuanto la misma ha sido motivo determinante para la celebración del negocio.

Son los negocios llamados intuitu personae, en los que la identidad del sujeto no es indiferente para la otra parte.

Fuera de ciertos casos en que la persona es elemento relevante -

del acto que se celebra, como ocurre en las locaciones de obra, en los demás contratos solo adquiere tal trascendencia cuando se ha dado crédito para el cumplimiento de la prestación de una de las partes.

Así Ticio que vendió a Mevio el fundo Corneliano le concedió plazo para el pago del precio, tendrá sumo interés en no haberse equivocado sobre la persona del deudor, pues es de imaginar que tuvo en cuenta su solvencia, su concepto moral para determinarse a renunciar al pago al contado.

De ahí que si hubiera incurrido en error en punto a la identidad del comprador, se justificaría la nulidad de la compraventa celebrada.

Con más razón existiría dicha justificación en los contratos que se llaman intuitu personae, como la donación, la sociedad, etc.

El error sobre la cualidad solo puede repercutir sobre la validez del negocio en ciertos y determinados casos, como cuando la habilidad determinada del sujeto ha sido el objeto principal de la contratación: su aptitud para la pintura o la realización de un determinado trabajo, en la locación de obra, por ejemplo.

Hay empero contratos en que nada interesa la cualidad s del sujeto, por lo que ninguna trascendencia tiene el error que recae sobre la misma.

El error sobre el objeto también puede ser de nombre, de identidad o de cualidad. En el primero y último supuesto no da lugar en principio a la nulidad del negocio. En cambio el error sobre la identidad deja sin efecto el contrato, o el negocio jurídico. El error sobre el nombre que no incide sobre la cosa que es materia del acto jurídico, deja subsistente a este porque hay que atenerse a la sustancia y no a la apariencia del mismo. Si queriendo comprar un esclavo determinado, al que conozco y al que falsamente creo que se llama Erotes, cuando su verdadero nombre es Pánfilo, no obstante el error en que he incurrido, no existiendo duda sobre la cosa que quise adquirir, el negocio es válido.

En cambio distinto sería que queriendo comprar al esclavo Erotes, se me vendiera el esclavo Pánfilo; aquí existiría un error sobre la

identidad que al cambiar el objeto del contrato determinaría la inexistencia del consentimiento, y por ende lo haría inexistente.

El error sobre el objeto puede ser error in corpore o in substancia; el primero, como señala Bonfante (op. cit. p. 88) versa sobre la identidad absoluta de la cosa; el segundo, sobre una propiedad de la misma.

Hubo en tal distinción vacilaciones en la jurisprudencia romana y hallamos diferentes casos, no todos fácilmente comprensibles sobre la materia.

No hubo dudas sobre el error in corpore; la circunstancia de que versara en punto a la identidad del objeto determinaba su eficacia anulatoria del negocio.

Se presenta este error en diferentes casos, sea en un contrato del derecho de gentes, como la compraventa, o en acto legítimo del derecho civil, como la estipulación.

La cuestión se presenta con complicadas derivaciones en lo que los romanos llamaron error in substantia. En este caso la falsa idea no recae sobre la forma del objeto sino sobre la materia que lo constituye así si quiero comprar oro y me venden plomo, o vinagre por vino.

Marcelo consideraba que el referido error no determinaba nunca la nulidad del negocio jurídico;pero otros jurisconsultos como Ulpiano, en el caso del vinagre hicieron una disntinción; si el vino vendido se había avinagrado, la compraventa era válida; en cambio si se había dado vinagre por vino, era nula. No existe un criterio fijo en las fuentes que sirva para deslindar los casos de nulidad de los de validez, en tales supuestos. Así se decidió que si se había comprado una mesa creyendo el adquirente que era toda de oro, si algo de oro tenía, el negocio producía todos sus efectos; si en cambio no había la menor porción del valioso metal, era nula.

Sin embargo si se adquiría la misma mesa creyendo que estaba construída con madera de cítricos, muy valiosa en la antigüedad, y resultaba ser de cualquier otra madera, el acto era válido. Dice Voci (op. cit. p. 146): "La substantia rei no está dada por la constitución química de la cosa, sino por la función económico social que tiene la

misma en la vida común; en verdad es la diversa función social que hace diferir esencialmente un esclavo de una esclava, un cuadro de otro, el original de una copia. A veces se considera la materia de que consta la cosa; así se niega la nulidad del negocio cuando se compró vinagre hecho de vino, mientras el negocio es nulo si se compró por - vino vinagre no hecho con vino."

Si se compraba una esclava cuando se creía adquirir un esclavo, la compraventa era nula; no ocurría lo mismo si se adquiría la esclava pensando que era virgen y no lo era.

En principio por sustancia se entiende la materia con la cual está constituído el objeto; sin embargo en las antedichas soluciones - no siempre se ha tenido en cuenta ese concepto natural que según Sodolowski, (La filosofía en el Derecho Privado, en alemán, 1902, p.- 28 y sigs., citado por Bonfante, op. cit. p. 89, nota 3) tomaron los juristas romanos de la filosofía helénica. Bonfante en la nota citada dice que Ulpiano al pronunciarse sobre el problema de vino que se avinagró siguió tan falaz criterio. Considerar la composición química de la cosa, la sustancia en sentido natural, no permite comprender las diversas soluciones que hallamos en los fragmentos de la compilación de Justiniano. Por lo que no queda más recurso que entender la sustancia en el sentido "de la esencia social, que es determinada por la función económico social del objeto conforme a los usos del comercio y de la vida, esto es de una cualidad del objeto que asume para los hombres- un valor esencial". (Bonfante, op. cit. p. 89) .

Se explicaría así la diferencia que se halla entre los metales,- y las maderas, porque si ha de buscarse el principio en la función económico social, desde luego, no cabe atenerse a la composición química del objeto, y entonces la variedad de soluciones se justifica por - que en unos casos, donde se admitió la nulidad, la opinión social asignaba a la cualidad que faltaba un relevante papel, mientras en los otros, en que se niega tal consecuencia, aquella no había colocado la cualidad en igual puesto.

Por lo que el error en la sustancia es un error en la cualidad - del objeto que en virtud de la función económica social que el grupo

le asigna, figura entre los requisitos o elementos del negocio, razón por la cual su ausencia determina la nulidad del mismo.

El error podía recaer también sobre la cantidad y anulaba en principio el negocio, pero la jurisprudencia introdujo distingos por razones de utilidad práctica.

Si Ticio estipula 1.000 sestercios y Gayo erróneamente promete menos o más, en el derecho clásico la estipulación era nula, pero Justiniano admitió que valiera por la cantidad menor.

Se consideró que dentro de la suma mayor estaba incluída la menor; tal principio debió surgir en la esfera de acción del derecho honorario, donde la equidad permitía soluciones más amplias que las que ofrecía el riguroso derecho civil. Precisamente porque la base del criterio señalado es la equidad, se tuvo en cuenta si el acreedor era el que pedía menos de lo que el deudor ofrecía, o a la inversa si éste era el que creía obligarse a una suma inferior a la que el acreedor pretendía.

En el primer supuesto se validaba el negocio, en el segundo no. La razón natural justificaba la solución; en efecto, si quiero alquilar mi casa en 500 sestercios y me ofrecen por ella 1.000, en teoría no hay consentimiento, porque las voluntades no han coincidido sobre el precio que es un elemento esencial del contrato; pero es natural que se considere que se ha realizado el mismo hasta la suma menor.

Distinta sería la hipótesis inversa, en que yo locador pretendiera 1.000 sestercios y el que iba a ser locatario quisiera pagarme 500 sestercios por mes, desde que es indudable que consciente del error, no hubiera consentido nunca en realizar el contrato.

Son esas las soluciones que hallamos en el Digesto, corroborando una vez más el sentido pragmático que guió a los jurisprudentes romanos en el hallazgo de las respuestas a las dudas que la vida les ofrecía.

El error podía versar sobre la cualidad del objeto, en cuyo caso no producía la nulidad del negocio jurídico, a menos que como ya hemos visto, recayera sobre un motivo elevado por su función económi social a la categoría de requisito.

Tampoco el error sobre los motivos anulaba el acto; los motivos pertenecen a la finalidad subjetiva que el individuo persigue al realizar el negocio jurídico, la que por lo general se aparta y distingue del propósito común asignado al mismo por la comunidad.

La compraventa tiene como fin común el intercambio de una cosa por el precio; pero para los sujetos que la realizan es fin, es otro; el que vende lo hace o porque necesita el dinero, o está cansado de la cosa que ya no le sirve, etc.; y el que compra, por el contrario, porque la precisa, o quiere regalarla.

No se puede pretender la nulidad del mutuo porque el deudor era insolvente, habiendo creído falsamente el mutuante que tenía bienes suficientes en su patrimonio para responder por el cumplimiento de su obligación de restituir; ni tampoco era nula la donación hecha a una persona, en la creencia de su pobreza, porque la misma fuera en verdad rica. Ni siquiera el error en los motivos que determinaban al causante a legar producía la nulidad del legado. Si se legaba a Ticio porque éste había administrado el patrimonio o un negocio del causante, el legado era válido aunque no hubiera administrado el beneficiario en verdad nada concerniente al testador. Cambió empero el criterio en ciertos casos en la época de los emperadores. Y Adriano declaró que era nulo el testamento hecho por una mujer a favor de un tercero, creyendo falsamente que su hijo había muerto; en sentido similar se pronunció Caracalla. En tales casos se rechazaba la acción del legatario mediante una excepción: ver Biondi, op. cit. pgs. 146 y 147.

Las escepciones mencionadas no fueron sino indicios evidentes de que la manifestación de la voluntad perdía el carácter objetivo que había tenido hasta entonces para convertirse en un factor subjetivo, en cuyo caso se hacía preponderar la intención del causante por sobre la fórmula objetiva que contenía su manifestación volitiva.

El error sobre la causa es el que versa sobre la naturaleza del negocio y tiene lugar cuando, por ejemplo, una de las partes quiere vender y la otra recibir una donación; en tales casos el acto es nulo „ o mejor dicho inexistente.

Pero el error, cualquiera sea su clase, no invalida el negocio

cuando medió culpa de la parte que incurrió en el mismo. Señala Savigny (op. cit. t. 2, pags. 222-223), que como solo era posible hacerlo valer mediante excepciones, éstas no eran concedidas por el magistrado o el promagistrado cuando el error era imputable al mismo perjudicado.

Betti (op. cit. p. 158) cree, en cambio, que la jurisprudencia clásica se atuvo más al hecho de la incompatibilidad de la voluntad con la causa típica del negocio, que a la inimputabilidad del error.

Distingue este autor entre negocios con efectos adquisitivos, en los que la errónea creencia de una parte sobre uno de sus presupuestos deja subsistente una seria determinación causal en el llamado a la adquisición, en cuyo caso el acto es válido; y negocios dispositivos, o en general negocios onerosos para el que incurre en el error, los que son nulos.

Supongamos que el comprador cree por error que el vendedor no es propietario de la cosa que adquiere; la condición de propietario era un elemento natural, no necesario del negocio; no obstante ello había error sobre un presupuesto, y sin embargo no excluía la validez de la compraventa porque se realizaba el fin económico social del negocio.

Esta explicación de Betti no nos convence; la circunstancia de que versara el error, en el ejemplo antedicho, sobre un elemento natural, escluye que lo hiciera sobre un elemento esencial o requisito, razón por la cual no es necesaria una mayor explicación para comprender porque en tales supuestos las fuentes se pronuncian por la validez del negocio.

214o.) El dolo.- El dolo es un error provocado; se genera la falsa creencia en la mente del sujeto mediante artificios y maquinaciones para determinarlo a realizar el negocio que de otra manera no hubiera realizado.

La famosa definición de Labeón que consideró el dolo como toda argumentación, falacia, maquinación dirigida a engañar a una persona, constituyó una evolución sobre conceptos anteriores que exigían la simulación.

Puede no haber simulación y no obstante ello existir dolo.

Distinguen las fuentes entre dolo malo y dolo bueno, considerando al primero como el artificio ilícito, contrario a los usos del tráfico, que emplea un sujeto en la concertación de los negocios; y el segundo como la astucia natural que suelen utilizar los hombres en la celebración de los contratos para obtener la mejor posición posible, siempre y cuando no exceda los límites que la comunidad reconoce a la natural habilidad de sus integrantes.

La noción del dolo fue elaborada por el derecho de gentes y en un principio significó la infracción de los usos cotidianos del tráfico la conducta contraria a los mismos, sin que se exigiera una especial intención o la conciencia del sujeto dirigida a provocar el resultado que mediante el acto doloso se proponía. Involucraba así la culpa.

Posteriormente se hizo la distinción a que nos hemos referido pasando el dolo a tener un lugar particular, y a considerarse como un defecto de la declaración de voluntad.

No siempre afecta sin embargo el dolo malo a la validez del negocio jurídico. Si es un tercero, que ninguna complicidad ha tenido con alguna de las partes, solo origina la acción de dolo contra el autor, sin perjuicio de la validez del contrato celebrado.

Si en cambio el tercero obraba en complicidad o fue provocado por uno de los sujetos del negocio jurídico, este podía perder toda validez mediante la excepción pertinente. Desde que el dolo no es otra cosa que el error provocado, volvemos a los requisitos señalados para que el error produjera la nulidad del acto; y en esta parte la teoría del dolo se confunde con la de aquel.

Lo cual significa que el dolo debe recaer sobre un elemento esencial del negocio, causar un daño importante, que no mediara dolo a su vez del que resultaba víctima del mismo.

Los comentaristas posteriores del derecho romano llamaron al dolo que versaba sobre los requisitos del negocios, dolo causam, dans, y al que incidía sobre los otros elementos lo denominaron dolo incidental.

En principio la existencia del dolo en los casos en que hemos dicho que invalidaba el acto, se hizo valer mediante la excepción de dolo en los negocios del derecho civil, lo que ocurrió cuando mediante el procedimiento formulario pudo el magistrado insertar en las fórmulas pertinentes dichas defensas.

En cambio en los negocios del derecho de gentes, aunque no se pidiera al pretor ni éste concediera la referida excepción, el juez estaba constreñido a considerar el dolo por cuanto aquellos basaban su validez en la buena fe.

El derecho quiritario conoció otro recurso para que se tuviera en cuenta, aún sin necesidad de escepción, el dolo y fue la cláusula de dolo que se solía insertar en las estipulaciones mediante la cual el prómitente además de la prestación se obligaba a no hacer ni a haber hecho nada que comportara una conducta dolosa.

El pretor Aquilio Galo, de la época de Cicerón, concibió la fórmula del dolo malo que transformó al dolo en delito privado. La acción podía ejercitarse contra la parte o el tercero que hubiera cometido el hecho doloso, era penal, se prescribía al año y no se transmitía a los herederos; perseguía el pleno resarcimiento y era infamante: Voci (op. cit. pag. 148).

El proceso evolutivo sobre esta materia fue así: 1o.) el derecho quiritario no conoció el dolo, por lo que la existencia de artificios que determinaran a un sujeto a realizar alguno de los actos legítimos, no alteraba en lo más mínimo los efectos que según el orden jurídico debía producir. 2o.) el derecho de gentes construyó sobre el fundamento de la equidad y de los usos cotidianos del tráfico, la idea de que una conducta que se apartara de los mismos, mirada con disfavor por la comunidad, configuraba el dolus malus. 3o.) se hizo efectiva en el campo del derecho de gentes la responsabilidad consiguiente mediante una fórmula inventada por el pretor Aquilio Galo, de la época de Cicerón, en virtud de la cual se convirtió el dolus malus en delito y se castigó como tal. 4o.) el derecho quiritario recibió la doctrina del dolo en ciertos casos, mediante la cláusula del dolo inserta en las estipulaciones. 5o.) en ambos derechos, el civil y el de gentes, el pretor re-

primió el dolo por medio de la in integrum resitutio (restitución por entero). 6o.) finalmente y en posteriores etapas del Derecho Romano, el magistrado concedió la excepción de dolo para hacer caer los actos del derecho civil en que había intervenido fraude de una de las partes. No fue necesaria dicha excepción para los negocios del derecho honorario en los cuales, puesto que recibían su eficacia de la buena fe, podía el juez de oficio entrar a considerar el dolo malo si el mismo surgía de la prueba aportada por la parte lesionada. 7o.) Se llegó por último a sentar las bases para una teoría general del dolo, cuando con la fusión de ambos derechos, el civil y el de gentes, se pudo construir una doctrina amplia que comprendiera todos los casos que la historia precedente regulaba de manera distinta conforme a las fuentes de donde emanara el acto jurídico.

No obstante en la época de Justiniano aún se conservaban los resabios de los períodos anteriores, al punto que el dolo como la violencia aparecen tratados en el libro del Digesto destinado a un remedio excepcional del derecho pretoriano: la in integrum restitutio.

Resumiendo: un acto legítimo, en las primeras fases del Derecho que estudiamos, aunque hubiera sido realizado con dolo malo, producía todos los efectos que el ordenamiento quiritario le asignaba. No se tenía en cuenta la voluntad sino solamente la forma.

El derecho de gentes que hundía sus más profundas raíces en la buena fé y en la equidad, por naturaleza, no pudo admitir el dolo malo como generador de situaciones que merecieran la tutela del imperium del magistrado o del promagistrado.

La penetración de este derecho en el civil condujo a la búsqueda de soluciones o fórmulas que permitieran también en el campo del viejo derecho quiritario, la entrada de tan natural concepto; y ello se logró mediante la cláusula del dolo inserta en las estipulaciones, la configuración del dolo como delito pretoriano, la in integrum restitutio mediante la cual el magistrado prometía dejar sin efecto lo que se hubiera actuado dolosamente, y finalmente por medio de las excepciones.

Se llegó así a la fase final, a la compilación de Justiniano, en que desaparecidas las diferencias entre el derecho civil y el derecho ho

norario, se imponía una única regulación de la materia, no obstante lo cual y en virtud de los prejuicios históricos que pesaron sobre los ánimos de los que hicieron la antedicha recopilación, se mantuvieron en las fuentes los primitivos distingos.

215o.) La violencia.- Llegamos así a la violencia; la misma podía ser absoluta (vis absoluta) o material (vis corpori illata) (Voci, op. cit. p. 149), o bien vis coactiva, violencia moral, a la que las fuentes llaman vis o metus (violencia o miedo).

La primera plantea una situación que carece de interés para la materia que nos ocupa pues se da en el caso en que se fuerce físicamente al individuo, por ejemplo, a firmar un documento, utilizándolo como un mero instrumento, por lo que no cabe hablar siquiera de un aparente acto voluntario.

En cambio tratándose de la coacción moral el individuo prima facie quiere el negocio que se ve constreñido a realizar, no obstante que hallegado a la determinación de realizarlo no espontáneamente sino por la amenaza seria de sufrir, en caso contrario, un mal grave e inminente en su persona, en su honor o en la de su mujer, padres o hijos.

La violencia moral consta así de diferentes elementos que podemos enumerar en: 1o.) la amenaza injusta; 2o.) dicha amenaza debe ser un mal grave e inminente; 3o.) que no sea posible al sujeto evitarlo sin incurrir en el antedicho mal; 4o.) la amenaza debe ser tal que seria mente, según las condiciones personales, de lugar, de tiempo, el que es objeto de la misma considere probable el peligro.

La amenaza debe ser injusta. La amenaza es el preanuncio de un mal para el caso de que no se proceda en determinada forma o para el caso en que se actúe de esa manera. La simple amenaza verbal o escrita carece por lo general de toda relevancia, por lo que necesita ir acompañada de elementos objetivos tales que la hagan pronta y eficazmente convertible en realidad.

Además debe ser injusta, ya que si se amenaza por el acreedor a un deudor con utilizar los recursos legales en el caso de que no cumpla con la obligación, no cabe hablar en verdad de verdadera amenaza.

La amenaza debe preanunciar un mal, y crear así un peligro-

actual e inminente sobre la persona, el honor, el estado de un individuo o de sus familiares.

Se trata de evitar un mal mayor mediante la realización de un negocio jurídico, en cuyo caso se sufre un perjuicio económico y con ello un mal menor al que pudo en verdad, mediante la violencia moral experimentarse.

La amenaza de un mal actual e inminente genera en el individuo el temor, el miedo de que efectivamente se cumpla aquella, por lo que se determina a realizar el negocio jurídico que con la violencia procura la otra parte o un tercero.

Desde que esta última actúa como motivo determinante de uno de los sujetos del acto jurídico, es indudable que el mismo es querido y que en consecuencia existe la declaración de voluntad.

Con tanta mayor razón se producían tales efectos en el derecho quiritario con respecto a los actos legítimos, los que en principio no habían menester de la manifestación de voluntad.

En el Derecho de gentes por el contrario desde muy temprano tiempo debió buscarse la manera de sancionar la violencia. Fue durante la República que un pretor Octavio halló una fórmula adecuada de la que nació la actio quod metus causa, mediante la cual pudo castigarse la violencia empleada en la celebración de un negocio jurídico, tanto por parte de uno de los sujetos del mismo o de un tercero. Dicha acción podía entonces dirigirse contra terceros porque era in rem scripta.

Con ella se perseguía la restitución de lo que se había entregado y en su defecto, el cuadruple de su valor; pero no era infamante como la acción de dolo, y luego del año de cometido el hecho se concedía por el simple.

Antes que se conociera esta acción utilizarían los magistrados el remedio extraordinario de la in integrum restitutio.

Con posterioridad a la fórmula Octaviana se recurrió también a otorgar una excepción, la exceptio quod metus causa, en los casos de las fórmulas del derecho civil, con lo que también pudo lograrse la ineficacia o nulidad del negocio jurídico quiritario por esta vía.

Para los del derecho de gentes no era preciso que se concediera excepción alguna ya que el juez estaba facultado a relevar de oficio cualquier vicio trascendente de la declaración de voluntad.

216o.) Los elementos accidentales del negocio jurídico.- Nos ocuparemos ahora de los accidentes que pueden modificar los efectos del negocio jurídico. Tales elementos solo existen si el sujeto o los sujetos que emiten la declaración de voluntad se pronuncian en el sentido de que el negocio sea a plazo, condicional o con recargo.

En tales supuestos se dice que el negocio jurídico es modal y no puro.

Los accidentes pueden ser el plazo, la condición y el modo o cargo.

217o.) El plazo.- El plazo incide sobre la suspensión o la resolución de los efectos del negocio jurídico. Si éste tiene todos los requisitos puede ocurrir: a) que no se produzcan sus efectos hasta que ocurra determinado acontecimiento el cual puede ser cierto o incierto, pero en este último caso la incertidumbre debe versar necesariamente sobre el momento en que ha de producirse, no sobre si ha de verificarse o no; b) que tengan lugar los efectos del acto de inmediato, pero que los mismos terminen con un hecho similar al indicado en el punto a).

El término puede en consecuencia establecerse para determinar el momento en que ha de comenzar a surtir sus consecuencias el negocio, y se llama entonces dies a quo, o bien aquel en que han de finalizar las mismas; recibe en tal caso el nombre de dies ad quem.

El primero se conoce también como plazo suspensivo , y el segundo como plazo resolutorio.

El término cierto es aquel que se determina mediante el calendario, ya sea fijando una fecha precisa, o bien estableciendo un número de horas, días , meses o años cuyo vencimiento ocasiones los efectos antedichos.

El plazo incierto es el que se regula por un acontecimiento futuro, en cuyo caso pueden darse 4 situaciones: 1o.) puede ser cierto en cuanto a su existencia, esto es a que el hecho se realice y en cuanto al momento en que ha de producirse; es el dies certus an et quando.

Ocurre ello cuando las partes contratantes, por ejemplo, dispo nen que los efectos previstos se produzcan o extingan en las próximas - calendas.

2o.) Podría ocurrir que aunque fuera cierto que el acontecimien to tenía que verificarse, fuera dudoso en qué momento iba ello a ocu- rrir; se decía que el plazo era cierto aún pero incierto cuándo.

Supóngase en el ejemplo anterior que se supeditaron las conse- cuencias del negocio a la muerte de Ticio; no hay duda que su falleci- miento tendrá que ocurrir pero se ignora cuándo ha de suceder ello.

3o.) Si en cambio se dudaba si el acontecimiento pudiera lle- gar a producirse, aunque desaparecida tal incertidumbre no existía du da sobre el instante en que se producirían o cesarían los efectos del ne gocio, se estaba en presencia de un plazo incierto aun, cierto cuándo.

Pensemos para aclarar el concepto en el caso anterior; si los - sujetos del contrato convienen que las consecuencias del mismos ten - drán lugar o se extinguirán cuando alguno de ellos o un tercero, impú beres, lleguen a la pubertad, resulta incierto que realmente alcancen la referida edad porque pueden morir antes; pero en cambio es cierto- que la pubertad se logra a los 14 años en el varón y a los 12 en la mu- jer.

4o.) Finalmente hallamos el supuesto en que sea incierto tanto el acontecimiento en sí como el momento en que habrá de suceder, co mo si los sujetos convienen en supeditar el negocio en cuanto a su na- cimiento o a su extinción al hecho de que uno de ellos, o un tercero se case.

En estas hipótesis no sólo es incierto si el acontecimiento se lle gará a producir sino también cuándo ocurrirá el mismo.

No todos los supuestos examinados constituyen plazos en el ver dadero sentido de la expresión, y que éste a lo sumo admite la incer- tidumbre en cuanto al momento pero no en cuanto a la realización del acontecimiento que se pone como base del mismo.

En el primer caso que examinamos no puede haber duda alguna se ajusta al concepto indicado; en el segundo hay una cierta indetermi

nación que no afecta a la idea, por cuanto siempre resultará cierto el cumplimiento del acontecimiento.

Los últimos dos supuestos, en cambio, se equiparan a la condición; menos el tercero, más el cuarto que en sí no difiere de aquélla.

Fuera de dies certus an quandus, las fuentes no brindan soluciones precisas para los otros casos, debiendo estarse a la cuestión en concreto que se plantee. Así mismo dies certus an, incertus quando que por lo general vale como plazo, puede resultar una condición si tal ha sido la intención de las partes.

Con mayor razón puede ocurrir ello con el dies incertus an, certus quando, ya que éste tiene un elemento condicional evidente en el incierto estado de la producción del acontecimiento: si se llega, por ejemplo, a la pubertad.

Por último, el incertus an et quando es una condición.

Enseña Biondi ( op. cit. p. 137 ) "El dies incertus an se considera como condición, siempre que determine incertidumbre en torno a la suerte de la relación.

Así el legado que se hace para que valga cuando muera el heredero aparentemente contendría un dies certus an , incertus quando, correspondiente a la 2a. hipótesis que hemos estudiado.

Y sin embargo se considera como dies incertus an, por cuanto no se sabe de antemano si el legatario sobrevirá al heredero, sin lo cual no podrá adquirir nunca el beneficio ni por ende sus sucesores.

218o.) La condición.- Se distingue la condición del plazo porque el negocio condicional es el que está sujeto en punto a su existencia o extinción, a un acontecimiento futuro e incierto, de manera que no se sepa de antemano si éste se producirá o no.

Mientras la incertidumbre en el plazo sólo puede ser relativa, ya que es siempre cierto que el hecho al que supeditan los efectos del negocio o su extinción tendrá que realizarse inexorablemente, en la condición es absoluta.

Podemos definir a ésta como un acontecimiento incierto y futuro arbitrariamente establecido por el o los sujetos, y del cual se hace-

depender la existencia o la extinción de un negocio jurídico.

La incertidumbre debe ser objetiva, es decir que tiene que surgir en virtud de un acontecimiento que no se ha producido y que se ignora si se producirá. Depende desde luego de los adelantos científicos - que los hechos futuros puedan o no preverse con seguridad.

Se excluye así la incerteza que puede derivar de la ignorancia de las partes o del sujeto del que emana la declaración de voluntad. - Por eso no es posible considerar como condición un suceso pasado o presente, sobre cuya realidad no puede objetivamente dudarse, aunque de hecho no lo conozcan los que realizan el negocio.

El acontecimiento debe ser además futuro por lo que ya queda - dicho, pues en el negocio condicional se hace depender su existencia o extinción de algo que todavía no ha sucedido, no de lo que ya haya pasado.

Se exige también que sea arbirariamente escogido por el sujeto o los sujetos, según sea el negocio unilateral o bilateral, sobre la - base de que la condición es un accidente del acto y no un requisito del mismo.

Se distinguen así las verdadera o propias condiciones de los presupuestos negociales establecidos por la ley.

Se suele llamar a éstos en las fuentes condiciones que tácita - mente se sobreentienden en el acto, o condiciones legales. Mas esta terminología es confusa y hay que entenderla en el sentido de que lejos de ser los elementos accidentales que consideramos, configuran la misma - esencia del negocio jurídico.

Así es una condición legal la de que el heredero adquiera la herencia si sobrevive al causante. Y como ése muchos otros ejemplos hallamos en los fragmentos de la compilación de Justiniano que delimitan los verdaderos alcances de la expresión.

Decimos también que de tal acontecimiento o depende que los efectos del negocio se produzcan o que éste se extinga, con lo que diferenciamos la concición suspensiva de la resolutoria.

Verdadera condición fué para los romanos la primera; la segun-

da surgió mediante casos concretos y principalmente con la ley comisoria, es decir, el pacto que permitía al vendedor que había enajenado su cosa resolver el contrato si el comprador no pagaba el precio en el plazo convenido.

Las condiciones podían ser casuales, potestativas o mixtas. En verdad sólo las primeras reunían los elementos que hemos prefijado anteriormente, desde que un hecho externo, ajeno a la voluntad de las partes era el que en principio informaba la idea de la condición. Al comienzo ese hecho sería un acontecimiento de la naturaleza; luego se comprendería también actos del hombre como si llegaba una nave del Asia.

Posteriormente se abarcó por extensión el hecho concreto del hombre. Y en una última etapa se consideró si aún la voluntad de una de las partes no podía aparecer constituyendo la condición.

Pero si bien se admitió que el hecho de uno de los sujetos sirviera como factor extrínseco para liberar al negocio de sus efectos o extinguirlo, se tuvo cuidado de que no quedara librado al puro arbitrio del mismo, sino que dependiera en cierta medida del azar.

Surgió de tal manera la distinción entre condiciones puramente potestativas y condiciones mixtas.

Con lo que se ha dicho es fácil comprender que las causales fueron las que fincaban en hechos de la naturaleza, o del hombre ajenos a los sujetos del negocio jurídico. Y que en cambio las potestativas y mixtas dependían de la conducta de uno de los sujetos del negocio.

Si se hacía fincar el acontecimiento en la pura voluntad del sujeto la condición se consideraba puramente potestativa haciendo nulo el negocio por cuanto, por definición, nadie puede obligarse a su arbitrio.

Condición potestativa era si se estipulaba, por ejemplo, recibir 100 sestercios del deudor si éste ascendía al Capitolio; mixta si además de un acto voluntario se exigía el azar, como si se prometía una suma de dinero para el caso de que el promitente se casara.

Casuales eran las condiciones en las que el acontecimiento es-

tribaba en un hecho de la naturaleza o de la voluntad de un tercero.- Es el ejemplo clásico de la estipulación que se hace supeditando la - misma a que llegue una nave de Asia.

Podían ser también positivas o negativas, según que la existencia o inexistencia del acontecimiento elegido tuviera la virtud de suspender los efectos del negocio o de resolverlo.

Finalmente se requería que el hecho fuera físicamente posible- y si consistía en una acto humano que fuera lícito y moral.

De resultar imposible, ilícito o contrario a las buenas constumbres la condición no era ya propia, se transformaba en impropia y producía las consecuencias a las que luego nos referiremos.

-Por lo que queda visto es fácil comprender que la condición - constituye un elemento extrínseco al negocio que tiene la virtud de suspender sus efectos o bien la de extinguirlos. No es algo que esté en la esencia o en la naturaleza del acto, sino una modalidad, elegida arbitrariamente por las partes, siempre y cuando reuna los requisitos establecidos por la ley para que sea una verdadera condición y la que lamás de las veces falta, ya que se requiere para su existencia la declaración de voluntad sobre la misma.

No todos los actos en el Derecho Romano eran susceptibles de someterse a condición; se excluían así determinados actos legítimos como la mancipatio la in iure cessio, la acceptilatio, la heredis aditio, la optio servi, la datio tutoris.

En estos casos lo que no podía hacerse era colocar la condición en forma expresa; podía empero ocurrir que el acto resultara condicional tácitamente así hecha una estipulación sujeta a condición suspensiva, si antes de que ésta se cumpliera, el acreedor realizaba con el deudor la aceptilación , se extinguía la obligación por esta forma, - siempre y cuando se verificara el acontecimiento del cual dependía - la promesa, con lo que se hacía el modo extintivo también condicional.

No en todos los casos señalados empero podía suceder tal fenómeno, sino en algunos, como en el de la aceptilación.

Cabe aclarar que tampoco los mencionados actos podían ser hechos o plazos o desde un plazo determinado.

Aunque se tratara de condiciones imposibles, o versaran sobre hechos presentes o pasados anulaban tales actos, por lo que no era necesario entrar a discutir si la condición era o no posible, si se refería o no a acontecimientos sucedidos o futuros.

Otros actos no admiten determinado tipo de condiciones; así las llamadas condiciones capciosas insertas en las declaraciones de última voluntad, las condiciones no potestivas o imposibles en la insitución de un heres suus, aunque en este último supuesto se obtenía el efecto de manera indirecta.

Si se instituía al heredero necesario (de su derecho) condicionalmente, desde luego en forma suspensiva, de modo que el cumplimiento de la condición no dependiera de su voluntad o fuera imposible, con probabilidad en el primero, no fuera heredero; como consecuencia de ello no estaba ni instituido ni desheredado; y el testamento era nulo.

Asimismo cuando la condición es contraria a la misma naturaleza del negocio no puede incluirse en el mismo; es lo que ocurre con la estipulación o el contrato que deja al puro arbitrio del obligado el cumplimiento o no de la prestación; la obligación,por esencia debe existir de modo necesario, aún contra la voluntad del deudor.

Por igual razón no podía instituirse a un heredero con una condición resolutoria, pues una vez que fuera heredero lo era siempre.

La venta ad gustum, es decir con la condición de que el que iba a comprar la cosa la probara y sólo en caso de que le diera su aprobación, se consideraba que el contrato producía sus efectos, es una excepción según Savigny (op. cit. p. 234, n. i.) al principio enunciado antes. Creemos que se trata de otra cosa porque el someter a la aprobación del comprador el objeto del negocio no deja a su arbitrio el cumplir la obligación de pagar el precio, sino la de rescindirlo. Claro que impresiona la facultad que tiene entonces uno de los sujetos de determinar, mediante su simple voluntad, que el negocio exista o deje de existir, pero ello mismo como no está en contra de la esencia de la obliga

ción, sino que constituye una modalidad admitida por la costumbre explica la diferencia.

La compraventa ad gustum es entonces un negocio con un pacto accesorio en virtud del cual el comprador puede rescindirlo si no aprueba la cosa comprada, que tendrá lugar siempre que aquél no haya tenido tiempo o no haya podido ver y comprobar el objeto que se propone adquirir.

Contrarias a la naturaleza del matrimonio eran en cambio las siguientes condiciones: evitar la procreación de hijos, o que la mujer se entregara a la prostitución, o si se hacía durar el connubio en tanto no adquiriera uno de los contrayentes un mayor honor o dignidad.

Mientras el acontecimiento del cual depende la eficacia del negocio jurídico no se ha cumplido o mientras no se sabe con certeza que ha de cumplirse, en el caso de la condición suspensiva, los efectos del acto se hallan pendientes. Existe el negocio, se hallan reunidos todos los requisitos necesarios para que aquél haya nacido, empero no se liberan las consecuencias que normalmente debe producir en virtud del fenómeno obstativo que la condición representa.

De ahí que diga Biondi (op. cit. p. 135): "Durante la pendencia de la condición, el negocio no produce los efectos jurídicos de que es capaz: por lo tanto no surgen del negocio ni los derechos ni las obligaciones".

Si el negocio es de los que generan obligaciones el beneficiario de las mismas sólo tiene una esperanza; si es traslativo del dominio, el adquirente condicional no deviene propietario; si es un heredero instituído condicionalmente no adquiere el patrimonio del causante.

Hay una espectativa que la ley tutela, cuya protección amplió Justiniano equiparando el negocio pendiente al negocio sujeto a plazo.

Y es que los romanos concibieron el acto sujeto a condición suspensiva como realmente existente, quedando suspendida la acción que de él pudiera surgir. Por eso las obligaciones condicionadas suspensivamente podían novarse, podían ser remitidas por el posible acreedor; se transmitían a los herederos de éste con igual carácter, salvo las disposiciones testamentarias.

Aunque el que había transmitido la propiedad o constituído - cualquier otro derecho real en similar forma seguía siendo titular del dominio o bien mantenía a éste en principio sin ninguna limitación, la expectativa que tenía el adquirente se traducía en el hecho de que el dueño no podía disponer de la cosa mientras subsistiera la incertidumbre, de modo que perjudicara los eventuales derechos del adquirente-condicional.

Si la condición era resolutoria y ya vimos que no fue conocida esta figura por la jurisprudencia clásica, la que se elaboró sobre la base de la ley comisoria por los compiladores postclásicos, el negocio - producía de inmediato todos sus efectos, aunque se hallaba expuesto a su extinción en el caso de que se cumpliera el hecho del cual depen - día su existencia.

Como enseña con claridad Betti (op. cit. p. 193) la condición- no pone en duda la existencia de la voluntad, lo que deja en la incer tidumbre es el reglamento de los intereses que constituye "el conteni - do del negocio", subordinándose el valor preceptivo del contenido ne gocial a que se cumpla o no se cumpla determinado hecho futuro e in- cierto.

Queda en suspenso o la misma regulación del conflicto de inte reses o bien la subsistencia de dicha regulación para el futuro, según- se trate de condición suspensiva o resolutoria.

Cuando el acontecimiento que supedita los efectos generadores o extintivos del negocio se produce, o no se produce, si la condición es negativa, el negocio adquiere su plena normalidad o bien desapare ce. Nos lleva esto al problema del cumplimiento del hecho que confi- gura la condición.

No basta con que se tenga en cuenta el mero cumplimiento o no cumplimiento del acontecimiento previsto, pues como elemento nego - cial que sin duda la condición es, se debe en primer lugar considerar- cuál ha sido la voluntad de las partes.

Por lo que el hecho ha de cumplirse o no, según los casos, sea una condición positiva o negativa, conforme a la intención manifesta- da por las partes, expresa o implícita.

Si la parte interesada en que la condición no se cumpla, considera como si se hubiera realizado; ocurre lo mismo si un hecho natural o de un tercero impide que tenga lugar el acontecimiento que configura el elemento suspensivo o resolutorio.

En estos dos últimos casos la condición en verdad no se ha cumplido pero el Derecho, por ficción, hace producir los efectos que hubieran tenido lugar de haber sucedido el evento esperado.

Puede ocurrir que las partes o el sujeto en los negocios bilaterales o unilaterales hayan fijado un plazo dentro del cual debe acaecer el hecho que hace condicional al acto; en estos casos si transcurrido el término no se ha verificado la condición, el negocio no producirá nunca los efectos si es suspensiva, o ya no se extinguirá por tal causal, si es resolutoria.

Si no hay plazo establecido, expresa o implícitamente, se recurre a los usos para determinarlo o bien al prudente arbitrio del juez, ya que es indudable que no puede quedar pendiente sine die la suerte del acto negocial.

Producido el evento se plantea otro interesante problema: tiene la condición cumplida efecto retroactivo?; es decir, sus efectos se retrotraen al tiempo en que se celebró el negocio? Si se contesta en forma afirmativa, se dice que la condición opera ex tunc, esto es, desde que surgió el acto negocial. Si se contesta de modo negativo, se dice que actúa ex nunca, desde ahora, desde que el acontecimiento se produce. En la condición suspensiva la retroactiva parecería la consecuencia del mismo nacimiento del negocio, de su existencia paralizada por tal modalidad que origina, como hemos dicho, sino derechos, verdaderas expectativas que motivan consecuencias jurídicas. Se garantiza así la esperanza del beneficiario del negocio, por lo que la legislación suele atribuirle efectos retroactivos.

De todos modos no es sino una ficción jurídica, ya que históricamente desde que el negocio sometido a condición suspensiva estuvo paralizado, al punto de no poder generar los efectos propios del mismo, sólo con la verificación del evento del cual dependía, es que comienzan a existir aquéllos, por lo que no se vé la razón natural para su retroactividad.

Con la condición suspensiva las cosas cambian; ya dijimos que no fue una verdadera condición, por lo menos para los juristas clási - cos. La posibilidad de que se extinga el negocio por un acontecimiento posterior no significa que no haya existido con todos los efectos del mismo; de ahí que en principio la retroactividad se excluya. La referi da extinción creará la obligación de parte del adquirente a raíz del - negocio celebrado de restituir las cosas recibidas. Pero aquí puede en trar a obrar la retroactividad en el sentido de que los derechos o actos de disposición o de administración sobre esa cosa no puede ser opuesto a la otra parte que resulta acreedora del objeto.

Tiene desde luego importancia la cuestión con respecto a la - condición resolutoria cuando se han cumplido las prestaciones derivadas del negocio.

No se puede sin embargo dar reglas generales y es menester — examinar caso por caso. Si imaginamos una compraventa sujeta a condición resolutoria puede ocurrir: 1o.) que el vendedor y el comprador- hayan convenido que de no pagarse el precio en determinado plazo, - se resolverá el negocio. En tal caso el vendedor pudo hacer transferencia del dominio de la cosa o bien simplemente transferir su tenencia,- reservándose la posesión. Si hizo lo primero el comprador adquirió la - propiedad, y al no pagar el precio en el término fijado, caerá el negocio pero aquél no dejará por ello de ser dueño del objeto. La condi — ción resolutoria en tal supuesto producirá la obligación del comprador de transmitir el dominio de la cosa nuevamente al vendedor. Si se da - a su vez efecto retroactivo, a dicha condición, ello implicará que — cualquier acto de disposición, cualquier acto de administración que el comprador haya hecho no podrán oponerse al vendedor. Se configura - así una obligación sui generis, desde que existe una limitación al ejercicio de los atributos del dominio por parte del dueño que, sin constituir un derecho real, puede hacerse valer frente a terceros.

Y es que el dominio del derecho de gentes requería dos elementos fundamentales: a) el justo título; b) la tradición. Al caer el primero, el título o causa, aparecía la propiedad desprovista de la justificación necesaria para que fuera tutelada por el Derecho.

Cosa diferente ocurriría sin duda con los modos de adquirir el -

dominio establecidos por el derecho quiritario, donde la sola formalidad bastaba al comienzo para que se produjera la transferencia de la propiedad y de manera irrevocable.

Con la influencia del derecho de gentes en el derecho civil se introdujo finalmente el requisito del título y la solución fue igual en ambos derechos.

En cambio si el vendedor solo transfería la tenencia de la cosa, conservando la posesión, no había nunca perdido el dominio, razón por la cual, producido el incumplimiento del comprador que resolvía el negocio, podía ejercer la acción reivindicatoria, sin que pudiera la otra parte oponerle la excepción de justo dominio, que no había tenido nunca.

2o.) También podía suceder en la compraventa que fuera el comprador el que hiciera insertar en el contrato la cláusula de que si no se le entregaba la cosa dentro de cierto plazo, aún no fijando el término, el negocio se resolvería. De haber pagado el precio y de no cumplir el vendedor con su obligación de pagar el precio, los efectos resolutorios de la condición le daban una condictio sine causa para exigir la restitución del equivalente a lo pagado, con los intereses. Había en este caso una simple obligación, con respecto a la cual la retroactividad solo podía operar en la determinación de los intereses desde el día de la entrega en propiedad del precio.

Igual cosa ocurría con el mutuo, en que la condición resolutoria solo podía establecerse a favor de acreedor y no tenía otro significado que el determinar la fecha de la devolución de la cantidad prestada.

Estos matices cson los que hay que tener en cuenta para la adecuada interpretación de la compilación de Justiniano, y los que nos han llevado párrafos arriba a decir que no es posible fijar un criterio general y único en punto a la retroactividad e irretroactividad de la condición resolutoria.

Los autores, como Biondi (op. cit. pag. 136) distinguen entre efecto obligacional y efecto que anula la transmisión del dominio, en los actos de adquisición de la propiedad, a los fines de precisar los alcances de la retroactividad en esta materia. Mas nos parece que como

el mismo Biondi reconoce no es factible dar una norma o principio amplio que pueda responder a todas las situaciones que al respecto pueden presentarse. Cuando la condición falta, si es suspensiva el negocio se considera que no ha existido; si es resolutoria, que el negocio ya no ha de extinguirse por ese motivo.

Consideremos ahora las llamadas condiciones impropias como son las imposibles física o moralmente. Se las denomina así porque les falta el requisito esencial para que puedan desempeñar el papel que la condición cumple: la incertidumbre sobre la realización del evento.

La imposibilidad física es la que tiene lugar por razónes naturales como si se estipulara que Ticio prometa diez a Gayo si éste toca la Luna. Si la imposibilidad se establece como condición en forma negativa el negocio es puro y simple: te daré diez si no subes a una estrella.

La condición puede resultar relativamente imposible y aún así no por ello sería una verdadera condición, por cuanto la posibilidad ha de referirse al negocio concreto que está sometido a tal modalidad.

La imposibilidad puede ser jurídica o moral, y ocurre cuando se condiciona el acto a una conducta ilícita o contraria a la moral, o cuando se promete un beneficio a condición de que no se realice nada ilícito o inmoral. Redactada en forma positiva o negativa la condición mencionada hace nulo el negocio inter vivos y se tiene por no puesta si es mortis causa.

Habría quizá una razón para dudar cuando se establece de manera negativa el acto ilegal o contrario a las buenas costumbres, porque podría pensarse que la posibilidad de tener que cumplir una prestación o verse privado de la misma con motivo de la comisión de un delito o de un acto reprobable por el grupo social, constituiría un freno psicológico para evitarlo.

Lo mismo podría suponerse en el caso de que se estipulara, por ejemplo, una suma de dinero para el supuesto de que la otra parte realizara una acción reprochable, contraria a la ley o a la moral.

El Derecho y la Moral no toleran, empero, que se obre en con-

sonancia con las normas de los mismos por alicientes subjetivos que en sí resultan tan objetables como la misma acción que se busca impedir.

Los efectos de las condiciones imposibles o impropias varían según se trate de negocios inter vivos o mortis causa; colocadas a los primeros los anulan o bien, cuando son resolutorias, dejan intacto al acto realizado. En cambio puestas a los segundos para mantener la declaración de última voluntad, se considera como inexistente la condición.

Esta solución particular para las manifestaciones de última voluntad no fue compartida por todos los jurisconsultos de la época clásica. Los proculeyanos sostenían que debían aplicarse los principios comunes, y consideraban que el negocio caía con la misma condición imposible. Los sabinianos, por el contrario, propiciaron la teoría opuesta, pronunciándose por la ficción que consideraban no escrita o pronunciada la referida condición: Savigny (op. cit., t. 2, pag. 256). Y Justiniano siguió la opinión de los discípulos de Sabino, la que como indica Savigny (op. cit., t. 2, pag. 257), había adquirido el beneplácito de la práctica mucho tiempo antes.

219o.) El modo o cargo.- El modo o cargo es otra modalidad o accidente de los negocios y consiste en el destino que se da a la cosa-objeto del contrato, o en una obligación traducible en dinero que se caracteriza porque se halla limitada a lo sumo, en punto a responsabilidad a dicho objeto; en otras palabras, la parte que adquiere el mismo con cargo o modo puede liberarse haciendo abandono de la cosa o prestación recibida.

El modo fue en el Derecho Romano y sigue siendolo en el derecho moderno un recurso, un medio técnico para lograr el cumplimiento de la declaración de voluntad de uno de los sujetos relativos a l destino de la cosa que entrega o bien para soconseguir el cumplimiento de ciertos fines que de otra manera no podría conseguir.

Su campo de acción está determinado por las donaciones y los actos de última voluntad.

A diferencia de la condición y el plazo, el modo o cargo no incide sobre los efectos inmediatos del negocio jurídico, sino que en forma indirecta y en todo caso de manera siempre resolutiva puede afectar al acto en cuestión.

Imaginemos que un romano al morir deja un legado y quiere que el beneficiario o legatario cuide de construir a su muerte un sepulcro decoroso donde puedan reposar sus restos. Verdad es que podía dejar esa manda en el testamento, en cuyo caso los herederos tenían el deber de cumplir con el desea del difunto. Mas ese deber no era jurídico y no había acción alguna mediante la cual el albacea pudiera compeler a aquellos al cumplimiento. Solamente por la intervención extra ordinem, del magistrado, y sobre la base del imperium podía constreñirse a los herederos a la realización de la voluntad del causante.

Pero podía el testador hacer un legado imponiendo al beneficiario la carga de levantar la sepultura; sin duda que podía en tal caso configurarse la realización del fin que el causante se proponía como condición, pero había casos en que tal cosa no era susceptible de que ocurriera; de ahí que fuera necesario construir la teoría sobre el modo o cargo.

No hay duda que como afirma Biondi (op. cit. pag. 138) se lograba de ese modo algo similar a lo que tiene lugar hoy con las fundaciones.

El modo asimismo puede consistir en el cumplimiento de una prestación a favor de un tercero. El Derecho Romano, con excepciones que ha estudiado admirablemente Pachioni en su trabajo sobre los contratos a favor de terceros, no concibió que pudiera, en principio, beneficiarse a un extraño mediante el negocio jurídico que las partes celebraban entre sí.

Por lo demás mientras no se conoció la teoría de los fideicomisos, tampoco resultaba explicable que se pudiera mediante el acto de última voluntad y a través de una persona, heredero o legatario, conseguir efectos jurídicos en beneficio de un tercero.

La teoría del modo o el cargo sirvió a maravillas para obviar las dificultades insuperables que el Derecho presentaba, por lo que mediante aquella se conseguía: 1o.) proyectar la declaración de voluntad del donante o testador sobre el destino ulterior de la cosa donada o legada; 2o.) favorecer a un tercero mediante el legatario o el heredero sin recurrir a las formalidades establecidas por el Derecho en materia de negocios jurídicos.

La cuestión fundamental que se presentaba era como se hacía efectiva jurídicamente la voluntad del que había dispuesto sobre el destino de la cosa o sobre la prestación en beneficio de un tercero.

En principio quien adquiere por una justa causa un objeto puede hacer con él, lo que quiera dentro de los fines lícitos que el orden jurídico admite. Por lo que la proyección de una voluntad extraña al dueño sobre la destinación práctica de la cosa transmitida tiene que chocar, sin duda, desde que viene a establecer una limitación sobre los atributos del dominio que resulta sorprendente.

Asimismo la posibilidad mediante un negocio de convenir una prestación en favor de quien no ha sido parte del mismo, choca contra el elemental principio de que sólo las personas que han intervenido en aquél pueden adquirir derechos y contraer obligaciones.

De manera que el destino asignado a la cosa o el cumplimiento de un hecho que no podía ser materia de relaciones jurídicas, sólo era susceptible de realización jurisdiccional mediante el procedimiento extraordinario.

Examinemos con más detención el cargo impuesto al legatario de construir el sepulcro para el testador. Como tal hecho tenía que realizarse después de la muerte del causante, resultaba evidente que no había titular del crédito que el hecho implicaba; no lo era el que hacía el testamento porque se refería a un acontecimiento que debía ocurrir cuando ya no existiera, de ahí que no pudiera ser materia, por ejemplo, de una estipulación. Por igual razón la manda establecida por el causante en su testamento en principio no obligaba a los herederos, los que no podían ser deudores de quien ya no existía.

Si consideramos la donación sucedía cosa parecida; en el supuesto de que el donante entregara la cosa al donatario determinando la finalidad a la que debía aplicarse la misma o bien el cumplimiento de una prestación, el derecho no ofrecía recursos para hacer efectiva la misma; en efecto, el referido destino a lo sumo constituía un pacto que sólo generaba excepción, y no acción; la prestación que se establecía a favor de un extraño al negocio, no originaba ningún derecho a favor del mismo porque era inconcebible que quien no hubiera sido parte pudiera extraer efectos del acto celebrado.

Por lo que no hubo más remedio que recurrir para la protección de esas situaciones reconociendo a la misma declaración de voluntad - que las establecía el poder de dejar sin efecto el negocio, en caso de- que no se cumpliera el modo: cláusula revocatoria, o a los extremos del imperium del magistrado que estaba siempre a mano para solventar las - dificultades que no podían hallar solución en el Derecho y que la equidad reclamaba que se ajustaran conforme a sus flexibles principios. De ahí que la posibilidad de revocar el acto o de obtener el amparo del pretor fueron los medios mediante los cuales se alcanzó la tutela de esas - situaciones.

No se imaginó siquiera entonces la posibilidad de una fórmula o de una acción mediante la cual se pudiera obtener del beneficiario renuente el cumplimiento del cargo o del modo. De manera que el tercero que era el destinatario de una prestación determinada mediante la referida modalidad no podía accionar contra aquel a quien se había impuesto la carga.

Pero además hay otra característica singular que nos obliga a calar con más profundidad en la esencia del fenómeno; aún la cláusula revocatoria establecida en el negocio para el caso del incumplimiento del modo, sólo podía ser invocada por el que había dispuesto en tal forma, no transmitiéndose a sus herederos la acción pertinente, salvo cuando - mediante la traba de la litis contestatio se hubiera adquirido para su patrimonio.

Todo ello nos induce a considerar que la tutela del modo en su - origen reposó sobre el puro "imperium", resultando el mismo algo así como un negocio o una cláusula fiduciaria que enseguida protegió el magistrado sobre la base de los principios más elementales de la buena fe.

Con el correr del tiempo dicha tutela se transformaría en jurídica, permitiendo la concepción de fórmulas adecuadas que configuraran las pertinentes acciones del derecho de gentes, por medio de las cuales, la cláusula revocatoria adquirió la importancia que hallamos posteriormente.

De todos modos se mantuvo el vínculo con el origen de la protección antedicha concibiendo dichas acciones como personalísimas hasta - que por fin se hiciera posible su transmisión a los herederos.

No llegó el Derecho Romano, a concebir que el tercero beneficiario del cargo pudiera, empero, accionar por su cuenta.

Sin duda que se escogitaron otros medios para garantizar la ejecución del modus. Cierto es que establecido a cargo del heredero no era posible nada más que la intervención extra ordinem del magistrado o del promagistrado. No ocurría lo mismo cuando se imponía al legatario porque existía entonces una persona, el heredero, que podía exigir el cumplimiento del modus.

Si bien no tenía acción alguna para ello, podía repeler mediante excepción al legatario que solicitara el legado sin dar caución de que iba a cumplimentar el cargo que el causante había establecido.

Si se trataba de un modus relativo a la manumisión del esclavo que se legaba, intervenía directamente el magistrado o el funcionario imperial para hacer efectiva la concesión de la libertad.

Podía asimismo el que imponía el cargo, como enseña Savigny (op. cit., t. 2, p. 305) establecer una pena a favor de la caja del Estado, para el caso de que el beneficiario no ejecutara el hecho o la prestación que constituía el modo.

Todos esos recursos indirectos se transformaron en la época del emperador Justiniano en remedios directos por cuanto concedió acciones para hacer efectivos los deberes que el modus imponía.

Y no fue necesario innovar ni introducir instituciones no conocidas por el derecho anterior para llegar a ese resultado. Toda vez que el negocio modal conducía a la adquisición de una cosa, era factible concebir el modus como una causa y hallaba clara explicación que la simple declaración de voluntad estableciera por sí sola el destino del objeto o la prestación a favor de un tercero, ya que existía la transferencia de la posesión de una cosa, por lo que no resultaba difícil pensar que pudiera contraerse una obligación mediante la entrega de un objeto que suponía una modificación real del mundo circundante.

Era ni más ni menos la concepción de los jurisconsultos clásicos sobre los llamados contratos del derecho de gentes que generaban obligaciones en la medida en que se cumplimentaba la prestación de una de las partes.

Surgía en tales hipótesis la condictio causa data causa non secuta y posteriormente la actio praescriptis verbis.

Vino así a considerarse al modo o cargo como una obligación cuyo incumplimiento podía generar la revocación del negocio preexistente mediante el ejercicio de la condictio causa data causa non secuta o bien, la exigencia del cumplimiento de la prestación en que el cargo consistía, por medio de la actio praescripiis verbis.

Fue en consecuencia esa modalidad una fuente obligacional calcada sobre el sistema establecido por la jurisprudencia clásica para los denominados negocios del derecho de gentes, en que la simple voluntad no era suficiente para producir efectos jurídicos mientras no estuviera seguida del cumplimiento de la prestación que correspondía al que pretendía exigir determinada conducta, en virtud del contrato, de la otra parte.

Y con ello queda definida la diferencia que existe entre el modo y la condición; mientras que aquél es una fuente de obligaciones, la última es un elemento que afecta al nacimiento de las consecuencias que debe producir el negocio o a la existencia de las mismas, según sea suspensiva o resolutoria.

Resulta así que el modus viene a ser un resabio de los hechos productores de obligaciones previstos por el derecho de gentes u honorario, por lo que las soluciones arbitradas por el derecho de Justiniano quizá se hayan aplicado a esa forma en períodos muy anteriores a ese emperador.

No se excluye sin embargo la posibilidad que determinadas modalidades, acaso las primeras conocidas, no hayan sido previstas como formas negociales, no hayan sido conocidas como tales, como por ejemplo el cargo de construir la tumba del causante o del donante, por lo que en la etapa clásica no habría sido posible encuadrarlas dentro de la teoría de los negocios del derecho de gentes.

No hay duda empero que la inclusión se produjo o estaba ya realizada durante Justiniano, pasando esta singular figura a las legislaciones de los siglos subsiguientes y llegando hasta nuestros días con el sabor que le dieron los antiguos tiempos.

Convertido el modo en generador de obligaciones, el objeto - del mismo se confunde con el de aquellas, por lo que casi no es necesario decir que debe ser lícito, posible, determinado o susceptible de determinación. Ni extraña tampoco que si no reúne los requisitos antes dichos, cae el modo sin afectar la prestación cumplida con motivo del negocio principal al cual se adhirió el cargo como un accidente del - mismo.

Concebido el modo como fuente obligacional sería lógico que el deudor estuviera compelido al cumplimiento de la prestación con todo su patrimonio. No obstante ello se aparta en esta materia el Derecho y limita la responsabilidad al valor de la cosa recibida en virtud - del negocio principal.

Significa ello que el referido deudor puede liberarse de todos modos del cumplimiento de la prestación que el cargo entraña mediante el abandono del objeto.

Esta facultad que constituye en sí una revocación reconocida - a favor del deudor, surge como consecuencia de la particular fuente - de donde la obligación que el modus origina, deriva. Y es la que nos- permite considerarlo como un accidente del negocio jurídico.

Sin embargo desde el punto de vista jurídico de los romanos la razón debe hallarse en otro lugar. Dijimos yaque en la época clásica se admitió que el contrato produjera efectos jurídicos en la medida - que se había dado, por lo menos por la parte que exigía de la otra determinada conducta, al cumplimiento de las prestaciones a su cargo. - En rigor, el incumplimiento del otro sujeto originaba la "condictio causa non secuta, y éste podía evitar la restitución de lo recibido o el pago de su valor aumentado, mediante la realización de la prestación - que había prometido y no había efectuado.

De modo que en los contratos del derecho de gentes existía la posibilidad para el deudor beneficiado con la entrega de la cosa o el hecho que el otro sujeto le había prometido, de hacer su parte o devolver lo recibido.

Que luego en los contratos comunes desaparecíera esa posibilidad, entrando en lugar de ella lisa y llanamente las acciones pertinen

tes a las figuras reconocidas por el Derecho objetivo, no significa que para los cargos no se haya mantenido el criterio primitivo, por lo que estos aparecen, den definitiva, como los resabios de una etapa primitiva de la concepción contractual del derecho honorario, superada en otros aspectos por los períodos posteriores.

220o.) Resumen.- Resumamos ahora cuanto queda dicho en punto a los accidentes del negocio jurídico. En el Derecho Romano este fue un fenómeno admitido por el derecho honorario, sobre la base de la equidad y de los usos cotidianos del tráfico. Los actos legítimos del derecho civil no admitían accidentes, y si fue posible que la estipulación los tuviera, ello ocurrió mucho después, cuando los efectos de aquel se habían hecho sentir, penetrando profundamente en las más viejas raíces del derecho quiritario.

Concebido el negocio como una conquista de los edictos de los magistrados y promagistrados que se atenían sobre todo a la declaración de voluntad, fue posible admitir que esta se limitara de modo tal o que suspendiera o extinguiera los efectos por el transcurso del tiempo, o bien que llegara a supeditar la existencia o la extinción de todo el acto aún la circunstancia de que se verificara o no un acontecimiento futuro e incierto. Aparecieron así el plazo y la condición.

Finalmente se permitió que dicha voluntad incidiera en el destino de la cosa o bien que se vinculara esta a una prestación a favor del disponente o de un tercero, procurándose su tutela primero con medios indirectos y luego directamente, por nociones, las que se tomaron de la primitiva concepción de los contratos del derecho de gentes que había tenido la jurisprudencia clásica.

221o.) Nulidad del negocio jurídico. Origen, clases, la confirmación, la ratificación. Conversión del negocio nulo en otro válido.-Veamos ahora la nulidad del negocio jurídico; los romanos no conocieron una acción declarativa de nulidad, por lo que en su sistema, a través de las diferentes fases por la que ese derecho pasó, el acto era inexistente o válido.

Solo en forma indirecta y a través del procedimiento formulario

fue posible hacer caer los efectos del acto legítimo o del negocio jurídico afectado por vicios que lo desnaturalizaban ya que atacaban su misma esencia.

Por lo pronto se halló en manos del magistrado o del promagistrado un recurso extraordinario el que se concedía en defecto de cualquier acción mediante cuyo ejercicio pudiera llegarse a similar resultado, fue la restitución por entero, cuya finalidad era restablecer las cosas al estado anterior a la concertación del negocio y al cumplimiento de las prestaciones que de aquel habían derivado.

Mas cuando tales sucesos no habían tenido lugar bastó con que el afectado solicitara al pretor, si se trataba de un acto legítimo, una excepción, con la cual lograba paralizar los efectos de la acción dirigida contra él por el adversario. Y si era un negocio del derecho de gentes lisa y llanamente el juez podía denegar la tutela que el actor solicitaba, si existía un vicio o faltaba un requisito fundamental del acto.

Con lo que si hubo una teoría de la nulidad del negocio la misma existió, aunque en forma incipiente, para los relativos al derecho honorario.

La circunstancia de que se construyera la doctrina de la nulidad en torno a las excepciones y defensas que brindaba el proceso posibilitó la idea de la confirmación del negocio viciado primero renunciando el interesado al pertinente remedio: restitución in integrum, exceptio; segundo proyectando las consecuencias procesales sobre el derecho sustantivo, y configurando tal renuncia como manera de sanear el acto defectuoso. Es evidente que tratándose de los negocios del derecho de gentes el magistrado no tendría en cuenta en ciertos casos la existencia de defectos que hacían contraria a la equidad la tutela que el actor solicitaba, lo que ocurriría cuando el demandado, con su conducta posterior, justificara una voluntad en el sentido de que se mantuviera el contrato celebrado.

Surgió así la categoría de actos nulos y anulables, que quizáno haya sido conocida por los jurisconsultos romanos, pero sí por los comentaristas posteriores del Corpus Iuris Civilis.

Para el derecho quiritario el acto existía o no existía; no cabía otra posibilidad; en cambio el derecho honorario admitió la existencia de los actos anulables, esto es, de aquellos que eficaces al principio, podían quedar sin efecto mediante el rechazo de la acción pertinente o la restitución al estado anterior obtenida por la restitutio in integrum.

Significa ello, y lo repetimos a fuer de aparecer redundantes sobre el punto, que la construcción jurídica romana, fundada sobre el procedimiento, concebía acciones y remedios tendientes a excluir la finalidad que aquellas perseguían. Solo cuando la ulterior evolución llegó a considerar los reflejos del sistema procesal como derecho sustantivo, se dio nombre a tales situaciones, hablándose entonces de anulabilidad y de confirmación.

Desde que el derecho civil no admitía la existencia de actos anulables o afectados de nulidad relativa, no era posible concebir que los mismos pudieran ser susceptibles de saneamiento por la confirmación o ratihabitio como la denominan las fuentes. Si el acto legítimo adolecía de un defecto o de la ausencia de un requisito el mismo sencillamente era inexistente. Por eso si el paterfamilias no prestaba su consentimiento al matrimonio, a las justas nupcias del alieni iuris sometido a su potestad, el hecho de que con posterioridad lo prestara no convalidaba la situación anterior .

La estipulación no podía hacerse a nombre de un tercero sino a nombre propio, por lo que no era posible realizarla aunque ratificara la misma el interesado. De ahí que la caución que el prominente podía prestar mediante la estipulación de rato era el obligarse a pagar el interés del estipulante en que el negocio celebrado fuera ratificado por el dueño del mismo.

Para hacer mas claro lo que antecede supongamos que una persona gestiona el patrimonio de un amigo ausente; los terceros que contratan con aquel, necesitan la seguridad de que el dueño del negocio a su regreso ratificará lo hecho por el gestor; para el lo estipulaba este con la estipulación de rato, la que nos hemos referido porque ser refieren a supuestos en que un tercero actúa : la de indemnizar el perjui

cio que podía derivar para aquellos por la falta de ratificación de lo actuado por el titular del patrimonio administrado.

Ello quiere decir que la estipulación de rato era una especie dentro del género que tenía por objeto principal obligar al gestor personalmente en la medida del perjuicio que sufrieran los terceros que con él contrataban, supuesto que el dominus negotii no ratificara lo actuado.

Mas ello confirma la regla de que la estipulación, como cualquier otro acto legítimo, no podían hacerse a nombre de otra persona, ya que en ese caso como en cualquier otro en que faltaran los requisitos del acto, la misma era insusceptible de ser confirmada porque era inexistente.

La ratificación surgió en el derecho de gentes como lo prueban los fragmentos que figuran en el libro 46, ti. 8 del Digesto de Justiniano que trata expresamente la materia.

La ratificación en tales casos se garantizaba mediante la estipulación a que nos hemos referido porque se refieren a supuestos en que un tercero actúa por el interesado sin mandato del mismo. Estaba sobre todo vinculada la institución a supuestos procesales en los que actuaba no el dueño del negocio que se había llevado a juicio sino otro por él sin que revistiera la cualidad de procurator o de cognitor.

La ausencia o defecto de un requisito de los actos legítimos determinaba la inexistencia de los mismos. Sabemos que esos elementos esenciales estaban dados por la capacidad de derecho para realizar el acto, la capacidad de obrar y la forma, con prescindencia de la declaración de voluntad que se presumía siempre con la reunión de los tres anteriores requisitos mencionados.

El establecer una condición en la aceptilación, por ejemplo, aunque aquella fuera imposible, hacía que el acto no existiera porque estaba prohibido por el ordenamiento jurídico quiritario sujetar a condiciones a ciertos actos legítimos;.

Si un impúber sui iuris realizaba una estipulación o cualquier otro acto del derecho quiritario, sin la auctoritas del tutor en los casos

en que ésta era imprescindible, como cuando se obligaba o disponía de un objeto de su patrimonio, nada se llevaba a cabo, ni existía la posibilidad de convalidación alguna porque dicha auctoritas no podía prestarse antes ni después de la concertación del negocio.

Dicha regulación fue imitada por el derecho honorario con respecto a los contratos iuris gentium, excluyéndose también en estos la posibilidad de validarlos mediante la auctoritas prestada a posteriori.

Sin embargo como este último Derecho derivaba sus disposiciones de la buena fe y de la equidad que constituían sus gúias directrices se abrió una brecha en la rigurosa consecuencia anterior cuando el impúber mediante engaño aparecía frente al tercero que con él contrataba como púber, asumiendo, por ejemplo, la toga viril si además en virtud de su desarrollo físico podía considerársele como salido de la impubertad.

La circunstancia de que en tal caso aunque hubiera faltado en verdad la capacidad de obrar se diera validez al acto, perfiló un nuevo panorama en la materia, aunque siempre dentro de los negocios del derecho de gentes y abrió las sendas para el desarrollo de la entonces incipiente teoría de la confirmación de los actos defectuosos.

Pero esta se elaboró fundamentalmente sobre los vicios de la declaración de voluntad, campo propicio para las especulaciones de los juristas y para la actividad de los magistrados y promagistrados.

Antes sin embargo de detenernos en este interesante punto, queremos señalar con respecto a la falta de capacidad de obrar la singular situación que se presentaba en punto a los contratos que generaban obligaciones bilaterales.

Dicha particularidad se presentaba en los contratos del derecho honorario por cuanto en los actos legítimos del derecho quiritario no era posible que se diera un problema y una solución semejantes.

En efecto, la estipulación, la aceptilación, la mancipación, etc., eran siempre actos que generaban obligaciones o las extinguían o transmitían el dominio de una cosa mancipii, sin que al mismo tiempo produjeran iguales efectos con respecto a la otra parte.

De manera que si el impúber sui iuris que obraba sin la auctoritas del tutor, lo hacía como prominente, o dando por cumplida la obligación que otro tenía con él mediante acceptilatio, o transfiriendo el dominio de una cosa propia por mancipatio, etc., todos esos actos eran inexistentes y no había la posibilidad de que permanecieran en pie consecuencias o efectos producidos por los mismos a cargo de la otra parte, ya que de ellos y para ésta no nacía ninguna obligación.

Distinto fue cuando mediante los contratos del derecho de gentes que por definición suponían prestaciones recíprocas de los contrayentes, se presentó el caso de que siendo nula la obligación contraída por el impúber sui iuris sin la auctoritas del tutor, cabía preguntarse cual era la suerte que correría la obligación respectiva a cargo del otro contratante.

Si los juristas romanos hubieran elaborado una teoría del negocio jurídico desde el punto de vista del derecho sustantivo no hubieran pensado en producir la nulidad de la obligación pupilo, manteniendo plenamente vigente la del otro sujeto capaz de la relación jurídica.

Pero como ellos antes que el derecho sustantivo miraron el fenómeno procesal constituído por un sinnúmero de acciones, cada una con su propio nombre, y como recurrieron al recurso de las excepciones o de la denegación de las fórmulas o acciones para paralizar los efectos del negocio realizado, se comprende porque en negocios bilaterales, como la compraventa, y en el caso del pupilo impúber que contrató sin la auctoritas del tutor, anularon la acción que contra éste existía o bien cuando había cumplido la prestación otorgaron una restitución por entero para volver las cosas con respecto al pupilo al estado anterior, y mantuvieron la plena vigencia de la acción que aquel tenía contra la otra parte.

Vamos a ser más explícitos; siempre en el ejemplo de la compraventa, imaginemos que el pupilo vendió sin auctoritas el esclavo Stico por un precio determinado; para percibir éste tiene la actio venditi, es decir, la acción de venta. La otra parte a su vez obligada a pagar la suma convenida, tiene derecho a exigir la entrega del esclavo mediante la actio empti, o sea, la acción de compra.

Si los juristas romanos hubieran pensado que la compraventa era un acto jurídico o un contrato del derecho sustantivo hubieran comprendido enseguida que anulado el mismo por la falta de capacidad de obrar del pupilo, tenía que caer todo el negocio.

Mas como no estaba tal idea en sus espíritus, por cuanto ellos se manejaban con el sistema de las fórmulas o de las acciones, considerándolas independientes, resultaba lógico que consideraran que la actio venditi no tenía obstáculo alguno para su ulterior interposición y desarrollo, desde que la otra parte había sido plenamente capaz. No ocurría lo mismo con la actio empti, la que se veía obstaculizada por las excepciones o bien por la misma intervención del juez que iba a denegar las consecuencias que el comprador pretendía en virtud del vicio que el negocio presentaba con respecto al pupilo.

No ha de creerse sin embargo que se detuviera allí la solución y que como consecuencia de ella el impúber se quedara con el esclavo y pudiera reclamar y obtener el precio, sin que diera cumplimiento a su obligación.

Mas la circunstancia de que los romanos utilizaran tal método indirecto, el del procedimiento, para resolver estas cuestiones, esclarece el espíritu con que obraron para evitar un resultado tan contrario a la equidad, sobre la cual se basaban precisamente los contratos del derecho de gentes.

Ya dijimos que en la época clásica tales contratos existieron no solo por el solo consentimiento sino que además se requería el cumplimiento de la prestación o que se diera caución de que así se efectuaría por lo que si el pupilo no procedía a cumplimentar la obligación a su cargo, sino que hacía caer la acción que para obtener la prestación deducía el comprador, en caso de que él reclamara el precio, podía aquel oponerle la excepción de no haber cumplido el contrato, con la cual a su vez se veía liberado de pagar el precio.

Y en el supuesto de que hubiera pagado aquel entonces variaba el problema.

El comprador que hace tradición del dinero antes de que se le

entregue la cosa comprada, realiza el pago por una causa futura, la de que se le haga a su vez la tradición antedicha del objeto que adquirió. Si luego por cualquier causa no tiene lugar tal acontecimiento, entonces el precio o la cantidad que el vendedor ha recibido carece de causa.

Se justifica que en tal caso el comprador pudiera accionar mediante una condictio causa data causa non secuta.

Y tal fue la solución que hallaron los jurisprudentes en el ejemplo a que nos referimos, el pupilo que vendió sin la auctoritas del tutor, con la particularidad que por ser precisamente un impúber al cual se había hecho el pago sin el recaudo fundamental que la ley exigía, se hallaba limitada la condictio de manera que no lo estaba en otros supuestos, porque el pupilo respondía entonces en la medida en que se hubiera enriquecido o hubiera dado un destino provechoso para el a la suma recibida.

Y este resultado se hallaba acorde con las reglas de la equidad que no consideraban injusto que quien en forma tan imprudente entregaba al pupilo solo, sin la intervención del tutor, el precio, de la cosa, debiera sufrir la pérdida del mismo si aquel lo dilapidaba o no le daba un empleo útil.

Para el supuesto de que el impúber hubiera entregado la cosa y el comprador el precio, accionando el primero contra este último por la restitución, tenía el adquirente un derecho de retención hasta que no se le devolviera el dinero que había pagado siempre y cuando demostrara que el pupilo lo había utilizado en forma beneficiosa para él, o bien que en la referida entrega o pago hubieran mediado la auctoritas del tutor.

A veces la convalidación del negocio surgía de la ley en sentido lato; así una Oratio del emperador Caracalla permitió confirmar las donaciones prohibidas entre marido y mujer en el caso de que el cónyuge donante muriera sin haberlas revocado.

Fue este también un importante aporte para la materia que examinamos.

Mas la teoría de la confirmación no se detiene en la simple voluntad de la parte interesada en el sentido expreso o tácito de mantener el negocio, sino que halló interesantes perspectivas en el mismo edicto de los magistrados con respecto a ciertas instituciones del derecho civil. Así testamentos que no reunían ciertos requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico quiritario, pudieron de hecho al principio, de derecho después, convalidarse mediante la bonorum possessio que el pretor conferia, sobre todo cuando la misma dquirió efectos contra los mismos herederos ab intestato, esto es, cuando fue cum re.

También en materia sucesoria existen reglas especiales en punto a la validez o nulidad de los legados, como la regla Catoniana, que tiene, salvo excepciones, en cuenta el momento en que el causante hace el testamento; mejor dicho, finge como si aquel hubiera muerto inmediatamente después de testar, a los efectos de determinar la eficacia o ineficacia de los legados.

Como se ve, la materia es harto compleja en el Derecho Romano y no admite una generalización que suele ser cara a los comentaristas pero que no refleja el fenómeno en su realidad, tal como fue conocido en Roma.

A veces la nulidad afecta a una parte del negocio, manteniendo intacta las otras cláusulas del mismo; es lo que ocurre con la condición imposible en materia sucesoria, y es también lo que tenía lugar con respecto a las donaciones que excedían la cantidad prevista por la ley Cincia y luego por constituciones imperiales, sobre todo de la etapa postclásica, cuando no se había cumplido el requisito de la insinuación. Caían en la medida que sobrepasaban la suma o el valor hasta el cual podía donarse sin necesidad de cumplimentar tal exigencia.

Puede en este sentido hablarse aunque el lenguaje no pertenezca a las fuentes, de una nulidad total y de una nulidad parcial. Decían los juristas romanos en tales supuestos que lo útil no se viciaba por lo inútil; tal principio se halla en el Digesto y en el Código de Justiniano.

Si el negocio está viciado no puede desaparecer el defecto por el solo transcurso del tiempo; dice un fragmento que figura en el Libro

50, tit. 17 del Digesto o de los Digestos, que lo que es vicioso en su comienzo no puede convalidarse por el tiempo. No obstante lo cual la prescripción de las acciones pertinentes para exigir la restitución de lo entregado en virtud del negocio inválido operaba el efecto contrario - mediante la extinción de los remedios procesales para hacer valer la ineptitud del acto celebrado, es decir, para hacer caer la causa. Si el negocio era prohibido por la ley era nulo, de nulidad absoluta que se producía ipso iure, sin declaración judicial al respecto. Tal principio - surge de la constitución que figura en el libro 1, título 14, fragmento- 5 del Código de Justiniano.

En principio el negocio prohibido por la ley no admite confirmación. Mas es necesario tener en cuenta si la ley realmente quiere la nulidad o sino se ha propuesto sancionar la conducta de las partes con una pena. Así por ejemplo si una norma del derecho fiscal establece - que tales actos jurídicos o contratos deberán hacerse por escrito, en papeles timbrados (impuesto de sellos), la ausencia de tal requisito no entraña por lo común la nulidad del negocio celebrado, sino que comporta una multa para los infractores.

En estos últimos casos nos hallaríamos en presencia de las denominadas leyes minus quen perfectae a las que ya nos hemos referido.

Es posible asimismo que en lugar de conminar la nulidad o la pena la ley confiera una excepción cuando se ha realizado un acto que- prohibe, en el caso de que se exija el cumplimiento de una o de las prestaciones que de él derivan. Era lo que ocurría con el S. C. Macedoniano que tenía por finalidad impedir los préstamos de dinero a los alieni iuris; si no obstante ello se realizaban tales mutuos, el deudor tenía una excepción, la fundada en dicho senadoconsulto para resistir la acción que contra él dirigiera el acreedor; mas si voluntariamente pagaba lo debido no podía reclamar la restitución.

Veamos ahora que diferencia hay en verdad entre confirmación y ratihabitio, o ratificación. La primera consiste en el saneamiento del negocio jurídico viciado por medio de la declaración de voluntad expresa o tácita de la parte que ha sido afectada y tiene derecho a reclamar su nulidad. Se refiere principalmente a los casos en que ha mediado, dolo o violencia.

Universidad Central
INSTITUTO
de

La ratificación en cambio concierne al negocio celebrado por un tercero, en interés de otro sin mandato de éste, como en el caso de la gestión.

No todos los negocios eran susceptibles de tal remedio, esto es de la referida ratificación; los había que exigían que precediera el iussum, por lo que la conformidad ulterior sin que se hubiera cumplido aquel requisito previo no excluía la nulidad del acto realizado.

Tenemos al respecto un fragmento interesante; en D. 36, 1, 67 (65) pr. se plantea el siguiente caso: un heredero con un fideicomiso restituye la herencia al esclavo del fideicomisario sin que éste hubiera ordenado a aquel que la recibiera, es más contra la voluntad expresa de que lo hiciera. El esclavo no obstante ello, recibía el patrimonio en cuestión y posteriormente su amo, enterado del hecho del esclavo, lo ratificaba. Se preguntaba si era válida dicha ratificación por cuanto podía suponerse que la ausencia del iussum (orden) hacía inválido el acto de recepción realizado.

Sin embargo el jurista que es Maecianus responde que allí la ratihabitio confirma la restitución, por qué? ; la razón que da es muy clara; se exigía la orden precedente del dueño del esclavo en el supuesto de que adiera una herencia, no en el caso de la restitución del fideicomiso que se equiparaba a la bonorum possessio.

Si la parte lesionada por el negocio jurídico defectuoso lo confirmaba no podía invocar su nulidad. Pero es característico el recurso que hallaron los jurisprudentes romanos para excluir tal efecto; sobre la base del sistema de las acciones que inspiraba todas sus soluciones, hallaron la manera de hacer valer el acto confirmatorio mediante la excepción de dolo que podía aducir la contraparte.

De manera que si Ticio sostenía que el contrato había sido obtenido por violencia, ante la acción de Mevio que exigía el cumplimiento de la obligación de él emanada, no obstante que aquel había luego, en forma expresa o tácita, dado a entender que no quería valerse del defecto antedicho, podía Mevio en el supuesto de que Ticio invocara la exceptio quod metus causa, pedir la réplica de dolo.

Debe en principio a los efectos de determinar la validez o nulidad del negocio tenerse en cuenta el momento en que el mismo se realiza; de ahí que el cambio posterior de los presupuestos existentes al tiempo de su realización no autoriza a desvirtuar los efectos que el negocio debe producir.

No obstante ello, los comentaristas de la Edad Media y siglos ulteriores, arguyeron que aún en tales casos era posible que el acto dejara de producir las consecuencias normales previstas por el ordenamiento jurídico, creando la llamada teoría de la cláusula rebus sic stantibus que tanta importancia adquirió en Europa a raíz de la primera guerra mundial y que también ha llegado con notables repercusiones hasta nosotros.

No fue ella una doctrina romana por lo que nos limitamos a mencionarla en este curso, sin perjuicio del desarrollo que de la misma habrá de hacerse cuando estudie el alumno el derecho civil argentino.

No fue desconocida a los romanos, empero, la nulidad sobreviniente; sobre todo en materia de negocios de tiempo diferido, y en los testamentos, los que podían caer por la incapacidad que experimentara el causante o el heredero después de su confección y hasta la muerte y la adición de la herencia. La confirmación del negocio podía ser expresa o tácita. Resumiendo: los romanos no conocieron una teoría sobre la nulidad del negocio jurídico, por lo menos en la época clásica del Derecho que estudiamos; si faltaba algún requisito esencial en el acto legítimo, este era inexistente. Los negocios del derecho de gentes que se presentaban defectuosos podían caer en virtud de excepciones.

Empero, como señala Betti (op. cit. p. 181), la anterior afirmación es válida sin perjuicio de que existan casos en el derecho civil en que la ausencia de un requisito legal lejos de hacer inexistente al acto autoriza su rescisión, como ocurre en la hipótesis de que se ocupara Gayo en sus Instituciones, lib. III par. 123. Por ley Cicereya el que recibía ciertos garantes llamados "sponsores y fideipromissores" tenía que declarar en el acto sobre que cosas iban a recaer dichas fianzas y cuan

tos fiadores iba a aceptar sobre las mismas. Si no formulaba esa declaración los sponsores y fideipromissores tenían derecho dentro de los 30 días para pedir un praeiudicium, donde se determinara si se había hecho o no esa declaración; en caso de que se probara esto último se liberaban, lo que significa que el negocio se anulaba.

Por lo demás a veces el derecho honorario establecía la nulidad mediante la denegación de la acción que hacía el magistrado o promagistrado in limine litis.

La categoría de actos nulos y anulables corresponde a la ausencia de un requisito del negocio o a un defecto del mismo que resulta subsanable.

Hay como señala Betti una graduación dentro de la nulidad; en algunos casos el vicio determina la inexistencia absoluta del acto; en otros casos, según el mismo autor (op. cit. p. 182) produce efectos secundarios, anormales.

Examinemos los ejemplos que Betti nos da en la nota 21 de la p. 182 de la obra que tenemos a la vista: supongamos que un extranjero quiere renovar las relaciones jurídicas que tiene con un ciudadano romano o con otro extranjero, y que para ello recurran ambos a la estipulación Aquiliana. La estipulación como figura propia del derecho civil no era permitida a los peregrinos, por lo que si se realizaba el acto era inexistente y no influía sobre las relaciones preexistentes que se había querido novar. Este es un caso en que el negocio no produce efecto alguno.

Pero imaginemos que un pupilo o una mujer realizaban la estipulación para novar; desde luego, eran ciudadanos romanos, pero celebraban el acto legítimo sin la auctoritas del tutor. El acto en sí era nulo porque había sido realizado por quienes carecían de la capacidad de obrar; no obstante si el impúber o la mujer sui iuris eran deudores, se admitía por el derecho honorario que pudieran mejorar su condición; de donde resultaba que se habían extinguido las relaciones jurídicas precedentes sin que surgiera de la estipulación una nueva obligación. En este supuesto el negocio o acto legítimo producía efectos anormales, según la expresión de Betti.

Si de varios condóminos con respecto a un esclavo, uno de e - llos lo manumitía, en la época clásica, el negocio o acto de la manu misión no producía la libertad del siervo, sino que hacía perder el de- recho de condominio al manumitente. Lo mismo ocurría en tal fase del Derecho Romano si el dueño liberaba a su esclavo que había sido entre gado en prenda o sobre el cual había constituido un usufructo, sin el consentimiento de los terceros que tenían tales derechos sobre aquel.- La nulidad del negocio reviste carácter de absoluta cuando como he - mos dicho falta un requisito o elemento esencial o se infringe una dis- posición de orden público. En cambio en el caso que la nulidad se ha- ya dictado en interés de una de las partes, el negocio es anulable, y la nulidad se llama relativa. Es esta última la que puede desaparecer - por medio de distintas maneras: 1a.) por el transcurso del tiempo, o - sea mediante la prescripción de las acciones como la de dolo, la de violencia, la de petición de la restitución por entero que tenía lugar al año; 2a.) por la confirmación o la confirmación o la ratificación de la que ya hablamos; 3a.) por la muerte del que podía invocar el vicio o defecto, en los casos en que la acción o excepción no se transmitía a sus herederos; 4a.) por cumplir totalmente el menor los 25 años sin - haber ejercitado las defensas pertinentes para hacer caer el negocio - que había realizado durante la minoridad sin los recaudos previstos por la ley para que fuera inobjetable.

La confirmación era un nuevo negocio jurídico por lo que para su validez requería la presencia de los elementos esenciales: capaci - dad de derecho, de obra, forma si estaba ordenada por la ley; era menes ter, además, que hubiera desaparecido el motivo que anulaba el nego - cio; así si este había sido celebrado por error, era preciso que la parte que había incurrido en él tuviera conciencia del mismo; si era produc - to de la violencia, era menester que hubiera ésta desaparecido, etc.

Justiniano estableció las categorías de la nulidad total y la - nulidad parcial; fue en su época que se trató de salvar en lo posible - el negocio escindiéndolo en cláusulas independientes, de modo de sal- var unas y de hacer caer otras. Así si un cónyuge vendía al otro por un precio inferior al verdadero valor de la cosa un objeto de su propiedad

consideró dicho emperador que había dos actos, uno la compraventa y el otro la donación, manteniendo el primero y anulando el segundo, en virtud del principio de que las liberalidades entre marido y mujer estaban prohibidas. Ello significaba que el comprador debía restituir al vendedor, en el caso, el faltante del precio. Tal distinción, como señala Betti, de quien tomamos el ejemplo (op. cit. p. 183, nota 23), hubiera sido imposible en la época clásica.

El mismo principio que inspira la teoría de las nulidades parciales que finca en el deseo de salvar en lo posible al acto afectado, justifica igualmente la conversión del negocio. Dice Betti (op. cit. p. 187) "Excepcionalmente, el negocio inválido es susceptible de conversión. Consiste ésta en una corrección de calificación jurídica del negocio, o sea en la admisión de un negocio de tipo diverso de aquél que en realidad se realizó".

Es decir que si el negocio nulo reúne los requisitos necesarios para entrar dentro de otra categoría puede producir los efectos correspondientes a la misma, para lo cual es menester además que si no expresamente, haya estado en el ánimo de las partes la eventualidad de que de él surgieran tales consecuencias.

Un caso evidente de conversión lo hallamos en el Senado consulto neroniano, que dispuso que los legados por vindicationem, por praeceptionem y sinendi modo que no reunieran los elementos esenciales para que valieran como tales, se considerarían celebrados por demnationem siempre y cuando tuvieran los requisitos que esa forma de legar suponía

Un rescripto de los emperadores Marco Aurelio y Vero estableció que la sustitución que no podía valer como pupilar fuera vulgar, y a la inversa en la causa Curiana se decidió que la substitución pupilar se convirtiera en vulgar si lo permitían las circunstancias. Casos de conversión encontramos en la época clásica por las interferencias del derecho de gentes en el campo del derecho civil. Si el acreedor estipulaba para novar con su deudor cuando éste ya estaba en mora, en el supuesto de que fuera nula la estipulación, no por ello dejaba de producir sus efectos purgando el atraso del debitor, como si por pacto se lo hubiera remitido.

Del mismo modo si el acreedor hacía con el deudor una aceptilación nula por defecto de forma, por ejemplo, no obstante la inexistencia del acto, valía como pacto de remisión de la deuda, por medio del cual el obligado adquiría una excepción contra la acción que aquel podía intentar contra él.

La conversión, como enseña Betti (op. cit. p. 189) podía ser de todo el negocio, o de solo una parte de él o de una cláusula, en el supuesto de que no fuera nulo enteramente y sí solo en una o algunas de sus disposiciones.

Si se establecía un término resolutivo a la estipulación era nulo el plazo, pero valía como pacto remisorio de la deuda una vez transcurrido aquel; lo mismo si se sujetaba la stipulatio a una condición resolutoria.

Igual solución tenía lugar en materia de legados; el testador no podía establecer en los mismos un plazo extintivo o una condición que tuviera el mismo carácter; se anulaban el plazo y la condición, mas valíancomo pactos remisorios.

Hay casos, como indica Betti (op. cit. p. 189) en que la conversión no era posible; así si el testamento era nulo o era revocado no podía valer como codicilo que imponía fideicomisos a cargo de los herederos ab intestato.

Tampoco podía convertirse el simple proyecto de testamento en codicilo que produjeran el efecto antedicho.

La sustitución hereditaria no podía hacerse en codicilo sino en el testamento; de infringirse esta regla no valía la sustitución como fideicomiso; no había en tal caso conversión.

En cambio el fideicomiso establecido en un testamento militar, producía el efecto de la institución hereditaria y se convertía la substitución hecha en tal forma, es decir, fideicomisaria a favor de los hijos impúberes, en substitución pupilar.

Parecida a la conversión es el fenómeno de que nulo un acto en virtud de las reglas del derecho civil, adquiere validez por el dere

cho honorario; es lo que ocurría con el testamento realizado por el causante que entre su confección y el deceso hubiera incurrido en una capitis deminutio; si antes de fallecer recuperaba su anterior estado, el testamento no readquiría para el derecho civil su valor primitivo; era inexistente; mas el pretor concedía en tales casos la bonorum posessio secundum tabulas que cuando fue cum re, equivalió prácticamente al reconocimiento de todos los efectos del testamento anulado o nulo para el ius civile.

No es una verdadera conversión, enseña Betti (op. cit. p. 190) porque sigue siendo el mismo negocio al que se atribuyen los efectos - que por el derecho civil debió tener de no mediar la causa que lo anulaba. En tal categoría el autor citado coloca la convalidación del legado de propiedad, por vindicationemen en virtud de las normas del Senadoconsulto neroniano.

La conversión fue el resultado de la labor de la interpretación que realizaron los jurisconsultos, por lo que Betti (op. cit. p. 190) ve - en la misma una similitud con la interpretación integrativa del negocio jurídico.

"La conversión - dice Biondi (op. cit. p. 153) - tiene lugar por vía de interpretación". Y agrega que a veces es el resultado de la misma voluntad de las partes o de la parte, como ocurre con la cláusula - codicilar, y otras deriva de la ley como en el caso del senadoconsulto neroniano.

222o.) La revisión y la revocación.- Además de la nulidad existen o - tras causas por las cuales el acto o el negocio jurídico pueden- dejar de producir sus efectos; tales son las rescisión y la revocación.

La rescisión supone un negocio válido - que cuenta con todos - los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que de él deriven las consecuencias jurídicas inherentes al mismo, y no obstante en virtud de que se lesionan los intereses de la parte o de terceros, de manera que rechaza la ley, se admite la rescisión del acto.

Es lo que ocurre cuando en la compraventa se ha convenido un precio inferior a l justo, configurando la rescisión por la lesión enorme

o cuando los acreedores pueden en virtud de la acción pauliana perseguir un objeto del patrimonio del deudor en manos de un tercer adquirente, si la enajenación se ha hecho en fraude de sus derechos.

La rescisión puede asimismo surgir del derecho que se ha reservado una de las partes de dejar sin efecto el negocio celebrado siempre que se den ciertas y previstas circunstancias, como la posibilidad de rescindir en el supuesto de que el otro sujeto del contrato no cumpla con su prestación en un determinado plazo, o la facultad que tiene el testador de dejar sin efecto el testamento en cualquier momento de su vida.

223o.) Los actos ilícitos. Caracteres, elementos. El daño. El dolo. La culpa

Estudiando el negocio jurídico, terminamos con él desarollo somero de los actos lícitos. Debemos ocuparnos ahora de los actos ilícitos.

Mientras los actos lícitos son aquellos en virtud de los cuales los individuos crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas conforme a las reglas establecidas por el derecho, los actos ilicitos constituyen verdaderas infracciones del ordenamiento impuesto por la ley o el derecho objetivo.

Constan los mismos de tres elementos fundamentales: 1o) la infracción del orden jurídico; 2o) el daño, o sea la lesión de un derecho subjetivo del que es titular un tercero ; 3o) la voluntariedad : es decir el dolo y la culpa.

Voci (op. cit. p.155) llama al primer elemento, antijuridicidad y lo hace consistir en la infracción de la norma de derecho privado, que puede ser penal o no penal.

Si se infringe una norma penal, el acto ilícito se llama delito: si en cambio la viola una disposición del derecho privado que no reviste tal carácter porque no está sancionada con una pena, se trata de un ilícito civil, que puede surgir del no cumplir con las prestaciones convenidas en un contrato o bien en la lesión del derecho ajeno, infringiendo la obligación de no dañar a los demás (cuasi delito)

Señala Scialoja (Corso di Instituzioni di Diritto Romano, Cedam Padova, s/a, pág.173, 30) que el Derecho privado considera el acto ilícito en la medida que lesiona una relación jurídica ajena.

La antijuridicidad es el primer requisito del acto ilícito; la misma consiste en la infracción de una norma del derecho positivo. Puede ocurrir a veces, empero, que se causa una lesión a un tercero sin que el acto resulte antijurídico, como cuando se causa el daño en el ejercicio del derecho propio. Es lo que ocurre con el poseedor que rechaza inmediatamente la violencia que se ejercita contra él para privarlo injustamente de la cosa cuyo poder detenta, o el que ocasiona un mal para evitar otro mayor a su persona al que no ha dado lugar con su conducta, o si obra en ejercicio de una potestad como el amo que castiga al esclavo por su mal comportamiento. Finalmente el ejercitar un derecho como el de propiedad, puede lesionar un interés ajeno, en cuyo caso y mientras no afecte un derecho subjetivo, no podrá hablarse de acto ilícito.

Los supuestos enunciados constituyen ejemplos de legítima defensa, del estado de necesidad del ejercicio de una potestad o de un derecho subjetivo.

El daño es el segundo requisito o elemento esencial del acto ilícito y consiste en la lesión del derecho subjetivo ajeno, en una disminución patrimonial experimentada a raíz de la alteración sufrida en un derecho patrimonial por el hecho del tercero.

El daño no es la lesión de cualquier interés; es menester que tal interés esté jurídicamente tutelado, esto es, que sea un derecho subjetivo.

Así por ejemplo si yo tengo una casa y en virtud de no estar edificado el terreno gozo de la luz, del sol y del aire, no tengo un derecho subjetivo a tales goces, sino una utilidad, una ventaja que deriva de las circunstancias. En el caso de que el vecino edificara quitándome los beneficios antedichos no podría arguir que he experimentado un daño porque sólo en el caso de que hubiera tenido mi fundo sobre el colindan

te una servidumbre, sólo en tal supuesto tendría un derecho y en consecuencia la acción del propietario me resultaría lesiva.

Podría empero ocurrir que el dueño del inmueble vecino edificara - no por comodidad o conveniencia suya sino para molestarme, para quitarme las ventajas ya señaladas.

Actos semejantes se llaman actos emulativos, los que en principio son perfectamente lícitos, no generando responsabilidad ninguna de parte - del que los realiza.

Puede no obstante suceder que el derecho objetivo contemple con - disfavor los mismos, para proteger determinadas ventajas que hacen a la utilidad común, en cuyo caso los actos emulativos sin llegar a lesionar un derecho subjetivo se hallan reprimidos por la ley; era lo que ocurría en punto al derecho de las aguas.

En esos casos existe una restricción a la libertad del propietario impuesta por la legislación en virtud de los intereses superiores de la comunidad.

En consecuencia la infracción de las restricciones al propio derecho subjetivo, establecidas por el ordenamiento jurídico pueden configurarse como ilícitos actos que no lo serían si no existieran las normas que establecen aquéllas.

Pero fuera de estos casos que varían según las valoraciones propias - de cada época, es indudable que no hay daño si no existe la lesión de - un derecho subjetivo.

La diferencia desde luego es obvia; cuando se ataca un derecho subjetivo se infringe un interés particular; cuando se violan los límites establecidos por la ley a la actividad del individuo, lo que se lesiona es un interés colectivo, aunque pueda surgir de dicha infracción una acción en - beneficio del particular.

Hay distintas clases de daño; este puede ser daño emergente o lucro - cesante; puede ser directo o indirecto.

El daño emergente es el que deriva de la inmediata lesión que el ac-

to ilícito produce sobre el patrimonio;determinando el valor de éste antes de dicho acto y luego del mismo, se obtiene en cifras la cantidad que representa la disminución patrimonial.

Pero puede suceder además que el acto ilícito prive al sujeto que lo sufre de un beneficio esperado.Es posible que si me matan al esclavo Stico pierda yo la ganancia que iba a conseguir cuando recibiera el precio de la venta del mismo que ya había celebrado al tiempo en que fue muerto.

Los acrecentamientos patrimoniales que la persona que ha sufrido el acto ilícito podía razonablemente conseguir mediante el interés o derecho que ha sido injustamente alterado, constituyen el lucro emergente que se debe indemnizar por el ofensor.

Se excluyen así aquellos beneficios hipotéticos sobre los cuales existen convincentes dudas de que realmente se realizarían de no haber mediado el acontecimiento que vino a privar al derecho lesionado de su ulterior desarrollo.

Como es lógico no hay una fórmula matemática para determinar el lucro cesante;depende siempre su valoración de los criterios que en un momento dado tenga el grupo social en punto a la ganancia esperada.

El daño directo es el que afecta al objeto sobre el cual recae el derecho subjetivo que se lesiona;si matan mi caballo Bucéfalo, el daño directo consiste en la muerte de dicha cosa.El daño directo, dice Bonfante (op.cit.pág.98) es la consecuencia directa del acto ilícito.

A veces sin embargo la repercusión del daño no se detiene en la destrucción, alteración, modificación peyorativa de la cosa o del interés que constituye el derecho subjetivo sino que se extiende a otras esferas del patrimonio.Como la piedra que cae en el agua produce círculos concéntricos que se hacen más ténues a medida que se alejan del punto donde se produjo el impacto, del mismo modo la lesión del patrimonio es una determinada cosa, se extiende con menor intensidad a otros objetos.

Esa repercusión indirecta constituye en ciertos casos, el daño indirecto que es siempre una consecuencia del acto ilícito acompañado de otros hechos externos que inciden en la esfera patrimonial de modo que la ley considera necesario incluir tal resonancia en la indemnización.

No es fácil, sin embargo, determinar en cada caso concreto dónde termina el daño directo y dónde comienza el indirecto; al lado de supuestos claros de uno y otro daño, existen casos dudosos que se resuelven conforme al criterio propio de cada legislación.

Por lo pronto la circunstancia de que haya mediado dolo o culpa puede servir como factor para incluir o excluir el daño indirecto dentro de la reparación que se persigue por el ofendido.

No es, sin embargo, fácil discernir los límites de uno y otro daño; bástenos con los ejemplos que suministra Vittorio Scialoja (op. cit.- págs. 179 y 180) con los que pone de manifiesto lo incompleta que resulta la distinción que establece Bonfante.

Si matan mi caballo Bucéfalo, el cuál junto con otro constituía una yunta ideal para tirar mi carroza, se deberá indemnizar solamente el valor del equino muerto o también el daño que sufro al no poder utilizar el otro en la forma que solía hacerlo antes?

Y si se contesta en forma afirmativa, se tratará de un daño directo o indirecto?

Es más como señala el mismo autor, es posible que teniendo un par de caballos que considero insuperables como tronco para el carruaje, haya hecho construir o comprado una carroza; al morir uno de ellos, ya no preciso el vehículo, será también este daño directo o indirecto? Y habrá que indemnizarme también el menor valor que pueda obtener vendiendo el coche?

Sin embargo, las dificultades no son tan arduas; desde luego cuando se lesiona el derecho subjetivo que recae sobre cosas colectivas es posible que al alterarse la finalidad a la que estaban destinadas

las mismas haya que indemnizar un valor superior al que representa el objeto destruido, en el caso el caballo muerto.

De esa manera que dicho caballo constituía parte de una yunta o de una cuádriga que tenía por eso mismo un mayor valor que el que podía obtenerse sumando el valor de cada animal aisladamente considerando, será un daño directo el que recae sobre el valor que importa el equino muerto más la depreciación que sufre el conjunto por la referida pérdida.

Si, en cambio, ninguna virtud especial justificaba tal valoración si el caballo muerto podía ser reemplazado por otro equivalente, o ya por sus propias cualidades sino también por la circunstancia de que resultara indiferente para el otro equino compartir la tarea con un substituto, ya no podría hablarse de daño directo. Y ni tampoco como daño indirecto sería susceptible de ser indemnizado; todo porque no existiría ningún motivo especial que permitiera apartarse del simple valor de la cosa dañada.

Con lo que la distinción del daño en directo e indirecto se resuelve, a nuestro entender, en una cuestión de hecho que hace a la determinación del perjuicio experimentado.

Veamos el caso de que se compró trigo para alimentar a los esclavos; como el vendedor no entregó la mercadería vendida, murieron de hambre aquéllos; la muerte de los siervos es daño directo o indirecto De las circunstancias dependerá la respuesta. Por ejemplo, si el vendedor sabía que el único trigo disponible en la localidad era el suyo, en virtud de lo cual se hizo pagar un mayor precio y no ignorable que constituía el único alimento de la familia del comprador, lógico es que tenga que indemnizar el valor de los esclavos que fallecieron de hambre. Por el contrario, si el abastecimiento de la plaza era normal, si era factible conseguir el sustento en cualquier otro sitio, no sería lógico que se considerara daño directo la pérdida de los esclavos sufrida por el comprador.

Hallamos en el Digesto, libro 19, tít. lo. ley 21 pár. 3 un fragmen-

to donde dice Paulo que si el vendedor no entregó la cosa, se debe indemnizar al comprador toda la utilidad que se halla insita en la cosa, en el negocio, que de algún modo se refiere al mismo; pero no el beneficio que pudiera obtener del vino comprado, del mismo modo que no tendría derecho a reclamar el valor de los esclavos si estos murieron de hambre porque no se entregó el trigo, pues en tal supuesto sólo obtiene el valor de la mercadería adquirida.

Pero tal criterio no era absoluto como lo prueba la solución que nos suministra Ulpiano en el mismo libro y título del Digesto, ley 13, pár.2, donde impone al vendedor que vendió un esclavo fugitivo, sabiendo que lo era, la obligación de indemnizar no sólo su valor sino también el daño sufrido por el comprador si el siervo indujo a fugar a esclavos propios del mismo o si robó alguna cosa del patrimonio del adquirente.

En igual sentido el citado jurisconsulto admite que se debe indemnizar al comprador que solía adquirir mercaderías para lucrar con su enajenación la ganancia esperada: Digesto, libro 13, tít.4 ley 2, pár.8- in fine.

No hay contradicción entre Paulo y Ulpiano; la discrepancia entre las opiniones de los citados juristas es aparente; en un caso, el de Paulo, se compraba para uso personal y no para negociar lo adquirido- por eso negaba que el daño se extendiera e involucrara la ganancia esperada; además no extendía los efectos a la muerte de los esclavos por hambre porque no justificaban las circunstancias esa solución.

En cambio si el daño derivado del incumplimiento se refería a la falta de pago de una suma de dinero, el vendedor sólo podía obtener como indemnización los intereses; así lo decide Hermogeniano, en Digesto, libro 18, tít.6, ley número 20-

Consideramos ahora la siguiente hipótesis; un tercero mata a mi esclavo que ha sido instituído heredero; la muerte impedirá que yo adquiera la herencia mediante mi siervo; deberá el ofensor indemnizarme también el valor de la misma? Neracio respondió en forma afirmativa:

Digesto libro 9, tít, 2 ley 23 prefacio. Paulo en cambio da una opinión contraria en Digesto, libro 35, tít. 2, ley 63 prefacio, porque sostiene que muchas cosas pueden ocurrir antes de que el esclavo haga adición de la herencia por orden del dueño del mismo.

La contradicción sin embargo resulta aparente; Paulo en el texto mencionado se refería a la cuarta Falcidia; se ocupaba de determinar el momento en que tenía que tenerse en cuenta el haber patrimonial para determinar si el causante con los legados había ultrapasado los tres cuartos que dicha ley permitía legar. En consecuencia si en la herencia existía un esclavo instituído heredero por un tercero, que era muerto antes de hacer adición de la herencia por orden de algún heredero de su amo, lógico era que no se tuviera en cuenta la indemnización por el valor de la sucesión perdida con el fallecimiento del siervo desde que para establecer el haber patrimonial a los fines de calcular el cuarto de la ley Falcidia había que considerarlo al tiempo del deceso del testador. También se diferencia el daño positivo del negativo; se llama positivo al primero porque consiste en la pérdida sufrida por el sujeto del negocio en virtud de su incumplimiento; y negativo en virtud de los gastos que a raíz del contrato debió hacer y que no hubiera hecho si aquél no se hubiera celebrado.

Como señala Biondi (op. cit. p. 157, pár. 57) dicha clasificación no coincide con la de daño emergente y lucro cesante y parece que no fue conocida por el Derecho Romano.

El tercero y último elemento del acto ilícito es la culpa en sentido lato, o sea, como dice Biondi (op. cit, p. 157, pár. 57) la conducta del agente que provoca el daño.

La noción de culpabilidad sufrió una lenta y profunda evolución en el Derecho que estudiamos. Al principio se consideró como contraria al orden jurídico la conducta que infrigía las reglas del tráfico cotidiano; reglas previstas y admitidas por el derecho honorario que fue el primero que exigió una actividad contraria a esos preceptos para que pudiera existir un acto ilícito.

Tal conducta se llamó dolo malo que se consideró como algo - contrario a la equidad y a la buena fe.

Se admitió luego por el edicto de los magistrados que determinados contratos del derecho de gentes, como la locación de obra realizada con los sastres o los bataneros comportaban un deber de custodia, de diligencia, imponiendo la responsabilidad por el daño que la cosa - sufriera con prescindencia del elemento subjetivo de la culpa.

En los actos legítimos no existía la posibilidad de que se entrara en tales sutilezas; como dice Scialoja (op. cit. pág. 181), si en - virtud de una estipulación una persona debía entregar a otra el esclavo Stice, su deber consistía en hacer tradición del mismo o transferir su dominio, con prescindencia de cualquier acontecimiento que impidiera el cumplimiento de la promesa hecha. Moría el esclavo, el promitente no podía excusarse aduciendo que había ocurrido el deceso por un hecho natural, no imputable al mismo. Se enfermaba o desmejoraba no podía el estipulante pretender que se lo indemnizara aunque aquello se debiera a negligencia o falta de cuidado del promitente.

Este último tenía como obligación la transferencia del dominio del esclavo, el dare, el no asistirlo evitando que enfermara o sufriera - alguna lesión que disminuyera su valor.

Distinto era lo que ocurría con el derecho de gentes que tomaba en principal consideración la buena fe, estableciendo normas sobre la base de la equidad, desconocidas para el derecho civil.

Fue así y en ese derecho que se consideró que la omisión o la negligencia del deudor en punto al cumplimiento de la prestación en - la forma originalmente convenida acarreaba una responsabilidad y daba lugar a la indemnización.

Pero no se llegó a tal resultado de inmediato sino por transición admitiéndose primero los ya citados casos en que se imponía una responsabilidad especial derivada de la custodia y la diligencia.

Estos casos se refirieron al principio a determinadas figuras contractuales, sirviendo luego, en la época postclásica para la elaboración de la doctrina de la culpa.

En efecto, ciertas figuras jurídicas suponían la existencia de una responsabilidad especial para el caso de que se produjera un daño a una de las partes; en los ejemplos que mencionamos del batanero, del sastre, en los del comodatario, y en otros casos especiales, se imponía al que detentaba la cosa ajena el deber de la custodia y la diligencia, de modo que aunque con su conducta no hubiera infringido ninguna norma de los usos del tráfico, se lo hacía responsable por la pérdida del objeto, salvo que hubiera mediado caso fortuito.

Era esa una responsabilidad objetiva que no tenía en cuenta la voluntad del individuo, sino el simple hecho de que se perdiera la cosa sin que pudiera alegar para justificar tal hecho una excusa admitida por el orden jurídico.

Con la evolución posterior empero, al subjetivarse el derecho, se consideró que en tales supuestos existía una omisión en el deber de vigilancia, una culpa.

Pero antes de que ello acaeciera tuvo lugar una etapa intermedia que facilitó el desarrollo ulterior del concepto.

Se consideró primero que el acto imprudente del individuo que provocaba la lesión del interés ajeno debía tener consecuencias en el ámbito jurídico. Un plebiscito, la ley Aquilia, que sistematizó los casos singulares previstos ya por la Ley de las XII Tablas, sirvió como punta de lanza en esta materia al involucrar el acto imprudente dentro de los que podían generar la responsabilidad que aquella preveía.

Luego surgió en los negocios del derecho honorario la teoría de la custodia y de la diligencia que en sus comienzos no tuvo en cuenta el elemento subjetivo.

Posteriormente se admitió en los contratos del referido derecho, la imprudencia como elemento generador de responsabilidad. Se excluyó sin embargo la simple omisión que no fue bastante, por lo menos en época de Paulo, para generar obligaciones.

Finalmente en la fase postclásica del Derecho Romano se reelaboró toda la materia sobre la base de un criterio único la culpa que

comprendía: 1o.) los casos de custodia y diligencia; 2o.) los casos de imprudencia, o de culpa por comisión; 3o.) los casos de negligencia o de culpa por omisión.

Penosa ha sido pues, la elaboración de la doctrina de la culpa en el Derecho Romano y no hemos nada más que señalado los diferentes hitos o jalones del camino que recorrieron los jurisprudentes para llegar a la generalización que nos ofrecen las fuentes de la época de Justiniano.

Llegóse así a considerar al dolo como la intención dirigida a producir el daño, y la culpa como la producción del daño por imprudencia o negligencia.

En el acto doloso del individuo prevee y quiere el resultado contrario a la norma jurídica; en el acto culposo el individuo no lo quiere aunque ha podido preverlo.

La culpa consiste siempre en la infracción de normas técnicas de previsión que de haberse cumplido no hubieran llegado al resultado lesivo que una vez ocurrido es necesario indemnizar. Puede ocurrir que se obre en forma precipitada, con imprudencia o que se infrinjan las reglas técnicas de un determinado arte o quehacer de manera torpe o bien que se omitan medidas precautorias de manera tal que la comunidad juz gue reprobable la conducta del sujeto.

Los romanos clasificaron la culpa en grave y en leve y esta última a su vez la dividieron in abstracto o in concreto.

Como los resultados del Derecho que nos ocupa se refirieron siempre a casos concretos, varían las soluciones según las circunstancias.

La culpa grave se equiparó al dolo y estaba dada por la más elemental noción de previsión, por toda patente imprudencia o señalada omisión. En dicha culpa el sujeto prevé o casi prevé el resultado, sin quererlo, no obstante lo cual realiza el acto que conduce al daño.

Mientras en el dolo se quiere el medio que se utiliza y el fin que se procura obtener, fin contrario, desde luego, a la norma jurídi-

ca y sancionada por la misma, en la culpa el individuo quiere el medio pero no el resultado.

Cuando el medio querido es tal, que no cabe duda de que mediante la peligrosidad que entraña ha de producir el daño o lesión de un interés ajeno no es posible concebir que el autor del hecho no haya previsto las consecuencias. En cuyo caso si las circunstancias excluyen que haya realmente querido el resultado se equipara no obstante su conducta al dolo.

La culpa leve consistió en cambio en desencadenar una causa que no podía producir con tanta evidencia el efecto dañoso que afectaba el derecho ajeno.

Se distinguía la culpa leve in abstracto e in concreto; la primera era la que tomaba en cuenta la conducta del buen padre de familia, un cartabón ideal conforme al cual se comparaba el hecho del sujeto. Significaba que no era suficiente que el individuo que había realizado el acto lesivo hubiera obrado con la diligencia y la prudencia que solía poner en sus cosas sino en la que podía corresponder al buen paterfamilias.

Con ello indudablemente se quería decir que el juicio de culpabilidad dependía del criterio objetivo que la comunidad tenía para la apreciación de la conducta humana en tales circunstancias.

La culpa leve in concreto en cambio resultaba de la imprudencia o negligencia del particular con respecto a la prudencia que solía poner en la administración de sus intereses.

La aplicación de uno u otro criterio, del objetivo o del subjetivo dependía de la naturaleza de la relación jurídica que se tuviera en consideración.

Si se trataba de un acto ilícito, de un delito penado por el derecho privado, se tenía en cuenta la culpa leve in abstracto. En materia negocial en cambio aquella regulaba las consecuencias del daño cuando el contrato o el acto jurídico se hubiera realizado en el puro interés del que causaba el hecho lesivo; como ocurría en el comodato y por lo general en todos los actos de liberalidad. Cuando empero el ne

gocio era un beneficio del que sufría la pérdida o la alteración de su derecho como consecuencia del acto dañoso, se exigía la culpa leve - in concreto; era el caso del depositario o del que administraba un patrimonio ajeno como gestor de negocios.

Puede ocurrir que si un hombre presta una adecuada atención a los hechos que realiza o a las omisiones en que incurre pueda evitar - consecuencias perjudiciales para otro. Cuando la atención que presta es tal que hubiera sido la empleada por el buen padre de familia, o - sea la que hubiera empleado el hombre medio de la comunidad, no existe culpa.

No obstante ello no es dudoso que un individuo harto sagaz quizá hubiera podido vaticinar efectos que escapen a la generalidad de - sus contemporáneos, por lo que en los casos en que se reclama tal previsión se suele decir que de no ocurrir ella se incurre en culpa levísima.

La expresión aparece en los fragmentos de la compilación de - Justiniano una vez en Digesto libro 9, titulo 2o., ley 44 prefacio.

Pareciera entonces que los romanos conocieron una triple clasificación de la culpa en grave, leve y levísima. En otros textos aparentemente se indica la última gradación de la culpa con la palabra "diligencia": Digesto, libro 13, tit. 6 ley 5 pár. 2 in fine; D. 50, 17, 23, no obstante que dicha expresión se usa en otros fragmentos para mencionar la culpa leve.

Asimismo la palabra custodia no siempre señala la culpa en el grado que comporta la culpa levísima, significando el cuidado que se emplea en la conservación de una cosa mueble, y tiene sus grados: - Gluck (Comentario alle Pandette, trad.ital. lib. II, tít. XIV, pár. 322, pag. 737, nota 26).

La doctrina romanística moderna se niega a aceptar la culpa levísima, atribuyéndose su origen a la escuela de los glosadores de la edad media, quienes añadieron el último grado de culpabilidad, la culpa levísima sobre la base del texto que ya hemos citado. Los autores de la gradación tripartita de la culpa admiten la culpa levísima en los ca

sos de delitos y en aquellos en que realiza el daño el que resulta solo - beneficiario de la relación jurídica pertinente, como el comodatario, a- demás de los supuestos en que en virtud de los textos se debe responder por la diligencia o la custodia.

La verdad es que todos los intentos de sistematizar esta materia hallan un escollo insalvable en la metodología que los jurisprudentes romanos utilizaban.

Sabemos ya que la teoría nació en el Derecho de gentes u honorario, por lo que su aplicación se debió a las fórmulas y a las pertinentes excepciones que aquel otorgaba; de manera que quedaba librado al arbitrio del magistrado, en cada caso concreto, determinar prima facie, in iure, los alcances de la conducta y establecer mediante sus múltiples recursos basados sobre el imperio, una mayor o menor extensión de la responsabilidad.

Hubo además situaciones en que esta última, es decir, la responsabilidad nacía con prescindencia del elemento subjetivo, no obstante lo cual en los siglos posteriores se procuró encasillarlas también dentro de la doctrina de la culpabilidad. Nos referimos a los casos previstos por el edicto de los magistrados: el daño causado porque se arrojaba una cosa desde una casa, o por objetos suspendidos, o la responsabilidad atribuida a los posaderos y a los capitanes de los buques por los efectos introducidos en la posada o en la nave por los viajeros.

Fueron estos ejemplos patentes de responsabilidad objetiva a los que la teoría ulterior asimiló, en su afán de involucrarlos dentro de la doctrina de la culpa, a los casos de culpa in vigilando o in eligiendo, esto es, a la omisión o imprudencia en la custodia o en la elección de los dependientes.

Finalizaremos esta materia insistiendo en que el Derecho romano no conoció el acto ilícito en forma genérica, sino determinados actos ilícitos; hubo así una tipicidad cerrada en este tema como la hubo en punto a los actos negociales. Por eso puede afirmar Voci (op. cit. p. 159, par. 59) que "El derecho romano conoció una serie predeterminada de actos ilícitos. Esto porque a) si se trata de ilícito contractual, po-

drán haber violación de obligaciones que surgen de esos negocios; porque los negocios se hallan determinados, determinados serán los actos ilícitos; b) si se trata de ilícito extracontractual, no hay sino un número fijo establecido por el derecho objetivo" .

No obstante el carácter restrictivo que presenta la cuestión en el Derecho que estudiamos, hubo dos vías por las cuales se amplió el concepto, 1o.) a través de las atenuaciones que sufrió la tipicidad negocial mediante los recursos previstos por el mismo derecho honorario; 2o.) en materia delictual, por la acción de dolo que llegó a concebirse en forma genérica.

224o.) El tiempo como elemento productor de efectos jurídicos.- Nos queda por tratar el último problema que presenta el negocio jurídico, el acto jurídico y el acto ilícito: nos referimos al tiempo. Nos detendremos un poco sobre el punto, no obstante la extensión que hemos dado a las fuentes generadoras, modificativas o extintivas de las relaciones jurídicas, por la importancia que tiene desde todos los puntos de vista y por la utilidad que prestará su desarrollo en la comprensión de los ulteriores fenómenos del Derecho romano.

El tiempo es un hecho que produce consecuencias jurídicas en innúmeros casos, de ahí que merezca una consideración especial.

No nos referimos aquí al tiempo como elemento que pueden establecer las partes en los negocios jurídicos, y del cual nos hemos ocupado ya.

Tratamos en cambio del tiempo como hecho natural que influye en determinados casos en las situaciones y relaciones jurídicas de las personas.

Constituye en primer lugar el tiempo un poderoso factor de seguridad que la comunidad debe tener en cuenta a los efectos de que no permanezcan en la incertidumbre ni la situación de las cosas ni el estado de los sujetos del derecho. Por tal razón se le reconoció enorme influencia en el Derecho Romano. La misma Ley de las XII Tablas lo admitió para consolidar determinados supuestos en que la posición del individuo frente a las res mancipi aparecía incierta; así se vendía un esclavo

sin que se utilizara alguno de los modos de transferir el dominio previstos por el derecho quiritario, teniendo no obstante las partes la capacidad para realizar cualquiera de esos actos legítimos, el comprador no devenía propietario para el ius civile. La citada ley corrigió esa anomalía para permitir al adquirente mediante la posesión continuada durante un año para los muebles, y dos para los inmuebles, convertirse en propietario. Nació así la usucapión, es decir la adquisición por el uso que tuvo además la virtud de abrir dentro de los estrechos límites del ius civile, una brecha por donde se filtró una institución del derecho de gentes: la tradición. Y bien, en la usucapión el tiempo desempeña un preponderante papel porque uniendose a la tradición de la res mancipi, tiene la virtud de generar el dominio quiritario.

Otra circunstancia histórica permitió al tiempo volver a intervenir en los asuntos jurídicos; ya hemos visto que las situaciones protegidas por el magistrado reposaban sobre su imperium, razón por la cual las fórmulas que concedía fundadas sobre el Edicto, que no tenían basamento en el derecho civil, eran en principio modos circunstanciales de resolver los conflictos, cuya vigencia duraban lo que el desempeño del cargo por el pretor que las concedía. Fue así que las acciones pretorianas y las de los otros magistrados o promagistrados no pudieron extenderse más allá del año que duraba la función que aquellos ejercían.

Aunque los sucesores solían reproducir en sus Edictos las fórmulas de sus antecesores, no obstante ello se mantuvo el criterio de la anualidad de las acciones pretorianas o mejor dicho, del derecho honorario. Con los siglos, cuando se configuró este último derecho como tal, se atenuó el rigorismo, mas se siguió en lo principal el viejo principio, salvo justificadas excepciones.

Cabe en consecuencia concluir que las instituciones del derecho honorario tuvieron validez por el año que duraban las magistraturas, originándose así la prescripción anual de las acciones respectivas.

Fue de tal forma que el tiempo influyó en el procedimiento. Durante el Bajo Imperio se cambió el sistema y se creó una teoría de la precripción de las acciones que involucraba tanto a las del antiguo de

recho civil como a las del derecho honorario. Pero no hemos llegado - aún a esta etapa para considerar, aunque en forma somera, el referido problema.

Concebido el derecho quiritario como perpetuo e inmutable, - sus instituciones no podían ser alteradas por el transcurso del tiempo, y en consecuencia las acciones fundadas sobre aquel no perecían cual - quiera fuera el número de años que corrieran sin que su titular las ejer ciera.

No obstante, admitióse que los juicios legítimos tenían que fi niquitarse al año y medio de comenzados, es decir, desde que se hubie ra trabado la litis contestatio, como nos lo enseña Gayo en sus Institu ciones, libro IV, par. 104. Ello significaba que transcurrido ese plazo sin que se hubiera dictado sentencia fenecía la causa y con ella la ac ción o acciones deducidas de manera irreparable.

De esta manera se infiltró el tiempo dentro del derecho quirita rio, adquiriendo ulterior influencia: por ejemplo, la obligación del - sponsor y del fideipromissor en virtud de una ley se extinguía a los dos años de contraída, siempre y cuando no se hubiera hecho efectiva la responsabilidad del deudor a quien aquellos garantizaban dentro de e- se plazo.

Por si eso fuera poco, también se admitió que el tiempo ejerci tara su influencia en la capacidad de obrar de las personas a través de las distintas etapas en que se clasificó la edad: infancia, proximidad a la infancia, proximidad a la pubertad (impubertad), pubertad, mayoría de edad, etc.

Asimismo y siempre con referencia a la edad de las personas, el tiempo fue elemento esencial para dispensar de determinadas cargas, como la tutela.

Esta elaboración por casos prosiguió su desarrollo ininterrumpi- do y en el derecho honorario tuvo manifestaciones interesantes basadas siempre sobre el mismo principio de la anualidad de la magistratura; - por eso fue que la in integrum restitutio prescribiera al año del hecho que originaba su aplicación.

Sin duda que aquí hubo una modificación de la regla, desde que en estricto rigor no debía contarse el año desde que el hecho tuviera lugar sino desde que el magistrado o promagistrado hubiera entrado en posesión de sus funciones. Por lo que solo en el raro supuesto de que el hecho que engendraba las acciones honorarias o la restitución por entero coincidiera con aquella fecha podía contarse realmente con el plazo anual. No obstante no se siguió norma tan férrea y se admitió que se computara todo un año aunque se prolongara al período de ejercicio de la magistratura por el sucesor del pretor bajo cuyo ejercicio tuvo lugar el hecho con lo cual se preparó el terreno para la posterior doctrina de la prescripción.

La circunstancia de que el tiempo se tuviera en consideración a raíz de que las magistraturas eran anuales, permitió que pudiera aplicarse el plazo, con prescindencia de los supuestos en que había sido establecido por la voluntad de las partes, a otras situaciones y sobre la base de diferentes motivos.

Fue entonces que la Bonorum possessio sucesoria debió pedirse dentro de los 100 días o del año de la apertura de la sucesión; mientras este último plazo, coincide con la anualidad de la magistratura, el primero no, por lo cual nos indica que corresponde a una fase de la historia del derecho romano en que la influencia del tiempo estaba ya reconocida y desempeñaba otras funciones.

No era una novedad que se reconociera al tiempo como generador de efectos jurídicos, puesto que ya en el derecho quiritario, aparte de los ejemplos que hemos mencionado, se le había reconocido tal rol a determinar que luego de la sentencia el condenado tenía un plazo de 30 días para cumplir lo que por aquella se le había ordenado, al cabo de los cuales si no lo hacía se producía la adictio con todas las gravísimas consecuencias que tal acto entrañaba.

La época postclásica se halló con una cantidad de casos concretos en los que el tiempo aparecía como elemento fundamental en la determinación de los efectos jurídicos, y los recogió y sistematizó. Elaboró de tal forma una teoría de la prescripción de las acciones, fueran civiles u honorarias, fijando diferentes y más largos plazos: 10 años entre

presentes, 20 entre ausentes si se trataba de acciones in personam o de prescripción adquisitiva de cosas inmuebles, y de 3 años para los muebles, sin perjuicio de dos prescripciones mas largas, la de 30 y la de 40 años.

De igual modo se extendió la prescripción de la in integrum restitutio de uno a cuatro años.

Hemos observado hasta ahora que el tiempo influía sobre la adquisición o la pérdida de un derecho o de una acción, o para determinar la capacidad de obrar de una persona.

Hay casos en el Derecho Romano en que opera de otra forma; en los anteriores el ordenamiento jurídico aparece determinando el factor tiempo con referencia a actos voluntarios de los individuos o a los estados de la persona. En este último caso el derecho objetivo impone el tiempo como regulador de consecuencias jurídicas; a este ordende ideas pertenece también la presunción de paternidad por el transcurso del plazo: se presume concebido en legítimo matrimonio el nacido de justas nupcias a los 180 días de celebradas las mismas o dentro de los 300 días de su disolución. Igualmente los plazos fijados por la ley para que el marido o el paterfamilias a cuya familia pertenecía restituyeran la dote, una vez extinguido el vínculo matrimonial.

Pero hay hipótesis en que el tiempo se configura de otra manera. Por ejemplo la ley Aquilia, en sus capítulos 1o. y 3o., disponía que se pagara , respectivamente, el mayor valor que el esclavo, el animal de rebaño o la cosa dañada, hubieran tenido dentro del año o de los treinta días precedentes. El tiempo en tales casos servía como elemento para determinar el monto de la indemnización.

Hubo asimismo situaciones en que el tiempo actuó como factor condicionante de la concesión de ciertos recursos extraordinarios, los interdictos; es lo que ocurrió con los de itinere, agua y el interdicto utrubi.

El interdicto de itinere, de camino, se concedía y beneficiaba al que en el último año hubiera ejercitado la facultad de usar la vía o camino durante 30 días; en forma análoga se exigía requisito parecido

para el agua. El utrubi, que solo se concedía para cosas muebles, requería que dentro de ese último año se hubiera ejercido la posesión durante mayor tiempo con respecto al adversario.

Antes de finalizar con este tema queremos señalar algo que nos parece de singular importancia. Mientras el plazo que ya estudiamos, como elemento de negocio jurídico, depende pura y exclusivamente de la voluntad de las partes, el tiempo que ahora nos ocupa, aunque a veces exige dicha voluntad, es algo que contempla directamente el derecho objetivo, por lo que escapa como factor de influencia a la directa autonomía de los sujetos. De ahí que podamos establecer esta diferencia que conceptuamos esencial: el tiempo negocial se distingue del tiempo como hecho jurídico en que mientras aquel constituye un accidente del negocio homónimo, esto no es otra cosa que la inmediata consideración del tiempo por el orden jurídico, por la autoridad, con lo que deja de ser por ello mismo un elemento negocial.

Las razones en virtud de las cuales el derecho objetivo puede considerar que el plazo incide sobre las relaciones o situaciones jurídicas, tienen carácter contingente y varían conforme a las modalidades históricas de cada pueblo.

Hemos dicho ya que el tiempo entró en el derecho honorario porque la misma naturaleza de la tutela que recibían sus instituciones, así lo reclamaba.

Lo admitió en su seno el derecho civil ya fuera para ampliar los estrechos límites dentro de los cuales se desenvolvía el ordenamiento quiritario, influenciado por el derecho de gentes, ya como consecuencia de haber sido admitido el tiempo como elemento de importancia entre los que generaban efectos jurídicos.

Finalmente, durante la época postclásica, se destacó con nitidez el fundamento del tiempo que se hizo reposar en un valor de considerable importancia, el valor seguridad jurídica; de ahí que se ordenara la materia sobre nuevas bases, sistematizándola en forma tal que casi sin modificaciones ha pasado a nuestros días.

225o.) Cómputo del tiempo. El calendario.- Reconocido así el lugar -

que el tiempo ocupa en el ámbito de la vida del derecho, es necesario determinar los requisitos que debe reunir para que pueda producir tales efectos y aún más precisar cuales son las consecuencias que produce.

El primer problema que se nos presenta es como debe computarse el tiempo.

Los hombres desde los períodos más remotos de la historia han tratado de captar el tiempo en concepciones ideales que reciben el nombre de calendario. Sus ideas han girado sobre ciertos hechos fundamentales: la rotación de la Tierra sobre su eje, la de aquella en torno al sol y las posiciones de la Luna con respecto al globo Terráqueo.

No es, desde luego, nuestro objetivo exponer la historia de los sistemas humanos sobre la materia, no obstante lo cual tendremos que esbozar una pequeña historia del calendario romano.

Al comienzo de su historia concibieron los romanos al año como dotado de 304 días y de 10 meses. La palabra año proviene de anillo, círculo, e indica el eterno ir y volver de las cosas. Fue el llamado romúleo, porque se atribuyó al primer rey, Rómulo, como tantas otras instituciones, su creación.

Un rey sacerdote, Numa Pompilio llevó el año a la cifra de 355 días y tenía razón en hacerlo, porque el año que Rómulo había determinado estaba muy lejos de corresponder al verdadero año científico que tiene 365 días, 5 horas, 48 minutos y 48 segundos.

Al fijarse el año en una cantidad inferior a la del año astronómico, sucedía que aquel era más corto que el natural, con la consiguiente alteración de las estaciones. Se comprende con facilidad que con tal criterio, luego de varios siglos, resultara que una fecha fijada para una de las estaciones, el verano por ejemplo, coincidiera con el invierno. Tal discrepancia entre las ideas y la realidad exigía una inmediata y enérgica corrección; y se llevó ésta a cabo. Puesto que el año de Numa Pompilio era más corto que el año solar, de haberse mantenido los 355 días sin alteración alguna, hubiera tenido lugar la diferencia antedicha.

Mas sabedores los que elaboraron ese calendario de la discordancia existente, concibiendo empero, erróneamente, que el año solar tenía 365 días y 6 horas, esto es, que era más largo que el año calendario por ellos establecido, para lograr la equiparación, resolvieron que cada dos años se agregara un mes de 22 o 23 días, según los casos. Dicho mes intercalar se llamó Marcedonius y se incluyó entre el 23 de febrero llamado Terminalia y el 24 de ese mes, denominado Regifugium; se sustrajo así a febrero 5 días que se incluyeron en el mes a intercalar.

Se obtuvo al obrar de esa manera un año de 366 días y 6 horas, un día más por año del que creían en forma errónea que tenía la unidad trópica. Comprendieron que ello era un defecto y a fin de corregirlo determinaron que cada 24 años se agregara al año 24 días, ya que al cabo de aquel período, el año civil o calendario, establecido por obra del hombre, era más extenso que el solar en 24 días.

Con ello los antiguos romanos creían haber resuelto tan ardúo problema pero, por desgracia, estaban equivocados.

Si todo hubiera quedado en el terreno puramente científico quizá la materia no hubiera salido de los círculos de los estudiosos. Pero la circunstancia de que se proyectara el problema sobre la candente situación entonces existente cambió radicalmente el panorama.

Estaban encargados de confeccionar y regular el calendario, los pontífices, y los tiempos eran los de la ardúa lucha entre patricios y plebeyos. Los representantes del sagrado colegio olvidaron muchas veces la imparcialidad que la elevada investidura les imponía, y aprovecharon de sus atribuciones en punto al calendario para inclinar la balanza en favor de los patricios. Se vio de esa manera que no todos los años tenían la misma medida y lo que era mas grave, que en la mayor o menor extensión que a ellos asignagan los pontífices salían siempre ganando los patricios.

Además el calendario era un secreto; nadie lo conocía salvo los sacerdotes que lo guardaban con sus más caros misterios. La potente influencia de la religión justificaba tal reserva, pero los plebeyos, ni lerdos ni perezosos, bregaron por la secularización de tan importan

te instrumento, y lograron el triunfo cuando el escriba de Apio Claudio con la publicación de las fórmulas, secularizó también el calendario.

Ese aunque fundamental no era sino el primer paso sobre la materia, porque continuando los pontífices en la regulación del mismo, siguieron con sus viejas y odiosas artimañas.

En este bregar se olvidó el problema científico y solo se tuvo en consideración la importancia política que el calendario representaba.

No hay que olvidar tal circunstancia sino se quiere desinterpretar la reforma que introdujo al respecto Julio Cesar. Este y los científicos de su tiempo seguían creyendo que el año solar constaba de 365 días y 6 horas, lo mismo que los eruditos de la época de Numa Pompilio.

Lo que quiso César fue poner orden dentro del caos existente, para lo cual suprimió el mes intercalar al cabo de los dos años y dejó sin efecto la agregación de los 24 días al término del período de 24 años. Sin embargo no acertó tampoco a hacer coincidir el año calendario con el que equivocadamente creía que era el año solar, ya que fijó al primero en 365 días, por lo que resultaba menor en 6 horas, según sus creencias, al año trópico. Para corregir el defecto dispuso que cada cuatro años se agregara un día al mes de febreo. He aquí el origen del año bisiesto que se conserva aún en nuestros días. Dicho mes tiene de ordinario 28 días; cuando el año es bisiesto en cambio, cuenta con uno mas, es decir con 29.

Mas como el año astronómico tiene 365 días, 5 horas, 48 minutos y 48 segundos, cuestión que no es pacífica, valga la aclaración, resultó que el año Juliano era, con los días intercalares, con los bisiestos mas prolongados que el año solar, diferencia que en pocotiempo escasa importancia tenía, pero que con el correr de siglos se acentuó, de manera que para la segunda mitad del siglo XVI, en la época del papa Gregorio XIII, la misma era de 10 días. Es decir que en tal período el año calendario resultaba más largo que el solar en 10 días, o sea que e estaba aquel atrasado a éste en tal tiempo.

El mencionado Papa creyó que el año astronómico contaba con

365 días 5 horas, 49 minutos y 12 segundos, errando en 24 segundos de más la verdadera solución. Sobre tal base mantuvo el calendario Juliano pero lo corrigió. Empezó por adelantar en 10 días la fecha, determinando que la mañana del lunes 4 de octubre de 1582 se transformara en la del 15 del mismo mes y año. Dispuso luego que se conservaran los bisiestos que tenían lugar cada 4 años, pero para evitar la diferencia que presentaba el sistema de Julio César que extendía el año civil con respecto al solar, y por tanto lo atrasaba, en 11 minutos y 12 segundos, los que en 400 años daban una demora de 3 días, 42 segundos, ordenó que solamente fueran bisiestos, esto es que tuvieron un febrero de 29 días los fines de siglo cada 400 años a contar desde 1600 y que no lo fueran en cambio, los fines de siglo intermedio entre esos límites. De ese modo 1600 fue bisiesto, pero no lo fueron 1700, 1800, 1900, no obstante que como pares debían serlo según el criterio Juliano. 2000 lo será y también 2400, 2800, etc.; en cambio no lo serán 2100, 2200, 2300; 2300 - 2500, 2600, 2700, 2900, 3000, 3100, etc.

Obsérvese que la reforma se refiere a los años que son fines de siglo y que conforme al calendario anterior debieran ser bisiestos pero que el Papa estableció que no lo fueran para impedir que el año civil se alargara y se alejara con relación al año solar.

No obstante el empeño del pontífice su calendario resulta más extenso que el año astronómico en 24 segundos por año, cifra que carece de importancia porque se precisan 3.600 años para transformarse en un día, lo que significa que habiéndose aplicado el sistema Gregoriano en el 1582 sólo en el 5182 de nuestra era estará atrasado el calendario en un día con respecto al año trópico o solar.

La referida reforma fue aceptada por todo el mundo cristiano salvo Rusia y Grecia que se aferraron al cómputo Juliano, más defectuoso, como se ha visto, que el Gregoriano. Por ello los calendarios de rusos y griegos se hallan atrasados con respecto al nuestro.

Para comprender como se realizó la intercalación cada cuatro años del calendario Juliano en el mes de febrero tenemos que conocer previamente la manera que tuvieron los romanos para indicar los días, y los meses.

El primitivo sistema de Rómulo consideró dividido al año en 10 meses de 304 días, había 4 de aquéllos que tenían 31 días y los 6 restantes 30.

Los etruscos dividían el año en meses lunares;y cada mes en dos partes delimitada por un día que llamaban Idus.Todo ello condujo a los romanos de la época histórica a considerar dentro del mes, tres puntos fundamentales de referencia para poder precisar o señalar los días de las semanas.Fueron ellos las Calendas, los Nonas y los Idus.

Las Calendas, cualquiera fuera el mes, era siempre el día primero del mismo.

Las Nonas y los Idus en cambio no siempre coincidían en cuanto al día que señalaban.Así en los meses de marzo, mayo, julio y octubre se fijaban, respectivamente, en los días 7 y 15; y en los 8 meses restantes, en los días 5 y 13.

El cómputo se hacía para atrás, de manera que para designar los días que mediaban entre las Calendas y las Nonas de un determinado mes se contaba desde las Nonas, inclusive, hasta el día que se deseaba mencionar;así el 2 de un mes de los 8 que tenían las Nonas el 5 y los Idus el 13, era el IV ante de las Nonas;el 3, el 3o. el 4o;se llamaba pridie Nonas;el 5, Nonas.El 6 era el día VIII antes de los Idus, etc.

Tratándose de los 4 meses que hacían las Nonas el 7 y los Idus el 15 variaba el cómputo de acuerdo con el mayor número de días que había que tener en cuenta;de manera que el 2 de marzo, de mayo, de julio o de octubre, no era ya el IV día antes de las Nonas, sino el VI; en cambio para los Idus la numeración era igual desde que se llevaban a quéllos al 15 del mes;el 8 era el día VIII antes de los Idus, etc.

Después de los Idus, esto es, del 13 o del 15 respectivamente, se determinaban los días a partir de las calendas del próximo mes.Así el día 14 o el 16 eran el que correspondía contando, desde el 1o.del mes siguiente inclusive, para atrás hasta el día que se quería encontrar;por ejemplo si el mes en curso al que pertenecía la fecha que se deseaba nombrar tenía 31 días el 14 o el 16 sería el día XIX ó XVII antes de las Calendas del mes inmediato siguiente.Si tenía 30 días, y ello sólo

podía suceder con los 8 meses ya citados, el día 14 era el XVII antes de las Calendas.

El mes de febrero que de ordinario contaba con 28 días designaba el 16 del mismo mes como XVI antes de las Calendas de marzo.

Nos permitimos una digresión;para expresar el fenómeno que comentamos los fragmentos de las fuentes suelen decir: Día XIII, por ejemplo, antes de las Calendas de enero;pero también se suele hallar la expresión antes del día XIII de las Calendas;en este último caso la frase equivale a la primera y no quiere decir, como podría suponerse por su redacción, que corresponde a una fecha anterior al mencionado día XIII.

Volvamos al mes de febrero para explicar lo del año bisiesto.Febrero, dijimos, por lo común tenía 28 días;sus Nonas eran el 5 del mes, los Idus el 13; el 14, era el día XVI antes de las Calendas de marzo;el día 24 era el día VI antes de dicha fecha, y el 25, el día V.

Empero cada cuatro años, febrero tenía un día más que los romanos no expresaban como hacemos actualmente añadiendo el día 29 al mes de referencia, sino que lo referían a su peculiar manera de designar o computar el tiempo.

Procedían transformando al día 25 también en día VI antes de las Calendas de marzo, de manera que el mes tenía dos días VI, uno el posterior, es decir, el 24 y otro el anterior, o sea el día 25 en nuestra nomenclatura.De ahí el nombre de bisiesto, dos veces VI, que ha pasado a nuestro lenguaje aunque ha perdido su anterior significación, por lo que se hace incomprensible su sentido, sin esta previa explicación.

Lo mismo que en el calendario Gregoriano, los romanos tuvieron cada cuatro años un bisiesto, es decir, un mes, el de febrero con un día intercalar, a los efectos de acortar la distancia que separaba al año civil del año solar o trópico.La única diferencia existente con el sistema que nos rige es que no existía para los habitantes de la Ciudad del Tíber la regla impuesta por el Papa Gregorio XIII, de que los fines de siglo mediados entre el lapso de 400 años a partir del año 1600, no intercalaran tal día adicional en el citado omes de febrero.Por ello para

el calendario Juliano 1700, 1800, 1900, fueron años bisiestos, con fe - breros de 29 días; y lo serán 2100, 2200, 2300, etc. mientras tal cosa no ocurre en el calendario Gregoriano, en virtud de la reforma que ha he mos explicado, y sobre la cual insistimos porque no siempre los estudian tes de derecho logran captar la comprensión de esos sistemas, y no apa- rece tampoco expuesto con claridad en los jurisconsultos que se ocupan del tema, que lo tratan dando por sobreentendido que el que los lee, co- noce a fondo el problema científico que el asunto supone.

Antes de dejar el estudio del año y del mes, diremos todavía que no abandonaron los juristas romanos el antiguo cómputo de Rómulo, pues hallamos textos y aún constituciones imperiales que mantienen el año - de 10 meses, como en el caso de la prohibición de nuevas nupcias esta- blecida para la mujer, dentro de los 300 días de disuelto el matriminio - por muerte o por divorcio. La regla antedicha ha pasado a los derechos - modernos.

Queremos igualmente decir que la computación del mes fue al - principio lunar; l as distintas posiciones de la Luna ante la Tierra, sirvie- ron para señalar el tiempo; la misma palabra "mes" proviene de "medir" y su estimología nos indica su origen.

Consideremos por último otra unidad del tiempo, el día.

Desde el punto de vista natural el día es el tiempo que emplea- el globo terráqueo en dar una vuelta completa sobre su eje. En ese lapso ocurren dos hechos fundamentales que sirven para hacer una distinción; esos dos acontecimientos a que nos referimos son: a) la salida; b) la puesta del Sol. Mientras la Tierra está alumbrada por el astro rey, como lo lla - man los poetas, tenemos la luz, el día; cuando ello no ocurre, porque suce de a la muninosidad natural, el ocaso y las tinieblas, nos encontramos - con la noche.

El comienzo y el fin del día pueden determinarse según diferen- tes criterios; los romanos siguieron uno que aún subsiste y que es por com pleto arbitrario. Pusieron así el principio del día a la medianoche y le - hicieron terminar a la medianoche subisguiente.

226o.) El tiempo y el Derecho.Problemas.- Tres elementos fundamentales para el Derecho contiene el calendario;el día, el mes y el año.Si el plazo tiene, en cirtos supuestos la virtud de producir consecuencias jurídicas, se impone desde luego dar ciertas reglas para determinarlo.

El tiempo se mide;esa medida es lo que se conoce con el nombre de cómputo del plazo.Para realizarla hay que recurrir al calendario.

Dentro de qué período de tiempo ha de producirse cierto hecho o ha de tenerse en cuenta determinada circunstancia para que se operen los efectos que el ordenamiento jurídico prevé? Esa es la pregunta para contestarla, según los casos, es menester establecer un punto de partida y un punto de llegada y procediendo de tal manera se computa el tiempo, fijando el período correspondiente.

Si la ley establece que al cabo de cierto plazo se extinguirá una acción, o se adquirirá, por ejemplo, el dominio de una cosa, o si dispone que para fijar la indemnización derivada de un hecho ilícito, habrá de tenerse en cuenta un determinado tiempo anterior al hecho ilícito, deberá sin duda el legislador precisar de modo que sea posible conocer con certeza a que momento se refiere.

Para ello es que debe recurrirse el cómputo del tiempo, el cual tiene por fundamental finalidad la concreción del instante en que se producen los efectos o consecuencias jurídicas previstas por el odenamiento jurídico.

Por eso es que el legislador debe recurrir al calendario con lo que se justifican las breves nociones que hemos dado sobre el punto.

El calendario es el almanaque;en él están los días, los meses y los años.Ello significa que el que legisla debe utilizar para determinar el cómputo del plazo las medidas y la nomenclatura convencionalmente aceptadas por el grupo social para explicar el tiempo.

Y es así que no tiene más remedio que utilizar en la determinación del correspondiente período para fijar el inicio y el fin del mismo

los términos admitidos por una determinada comunidad. Y tales signos - característicos y significativos son los días, los meses y los años.

Con ello sin embargo no se ha adelantado mucho en la materia, porque aún esas simples expresiones reciben variados sentidos en virtud de las circunstancias y de las modalidades que la equidad contempla.

Comencemos por el día; aparentemente podría entenderse por tal - de manera simple o inequívoca que es el espacio comprendido entre la- salida y la puesta del Sol. Pero no siempre la equidad tolera que se limi te a ese espacio que puede resultar en extremo reducido, la realización de actos o el ejercicio de derechos, de lo que puede depender la vida - jurídica y económica del individuo. Resulta entonces que en forma arbi- traria se aparta el Derecho de la naturaleza y establece normas que no coinciden con ella.

No es pues sino la flexible regla equitativa la que justifica las - variadas soluciones y las clasificaciones que encontramos sobre el punto de manera que se crea una aparente maraña difícil de comprender a - quien no tenga la mente preparada para las sutilezas a las que suele re- currir con frecuencia el Derecho, en su penoso camino para alcanzar el ideal soñado, la justicia.

Razones prácticas y de conveniencias imponen entonces que se a parte el legislador de las nociones naturales para adoptar otras que, aun que reñidas en cierto modo con aquéllas, se ajusten o se aproximen más a la idea soberana de dar a cada uno lo suyo.

En primer lugar la ciencia natural, la astronomía puede claramen te decirnos qué es el día, qué es el mes, y qué es el año, pero la juris - prudencia no aceptará tales enseñanzas sino en la medida que sirvan pa ra realizar el valor cultural trascendente que la noción de justicia im plica.

Y se deja entonces el mundo de la ley natural y se entra en el de la ley moral, donde importa más que la inflexible consecuencia de los - hechos físicos, la conducta humana.

Hemos anticipado en breve prólogo estas nociones para que no re sulte indescifrable la concepción jurídica del tiempo que difiere, desde

luego en sus detalles, de la concepción científica que del mismo pueda tenerse.

Se parte de las bases establecidas por la ciencia natural, pero se aceptan sus conclusiones en tanto en cuanto puedan servir para el derecho y la moral cuyo propósito fundamental es siempre la conducta del individuo, su valoración y alcance en el mundo de las cosas.

Sólo comprendiendo este punto de vista que adopta el arte o la ciencia jurídica, es posible comprender la serie de distinciones en la que vamos a entrar, para examinar los detalles las minucias del problema en sus más relevantes aspectos legales. La circunstancia de que tales clasificaciones se inspiren generalmente en la equidad justifica, desde ya, que no hayan sido producto del derecho civil, rígido y estrecho, por las razones que hemos expuesto en anteriores lecciones, sino que hayan derivado de la normación establecida por los magistrados y promagistrados y que se conocen con el nombre de derecho honorario.

Aparentemente la determinación o cómputo del plazo no ofrece mayores dificultades; desde que la ciencia natural ha determinado o logrado su medida mediante el calendario, desde que se conocen sus unidades fundamentales, el día, el mes y el año, qué duda puede existir sobre la computación del tiempo? Y no obstante la duda se presenta y no una vez sino con demasiada frecuencia, ya que intervienen la buena fe y también interviene la equidad, propiciando soluciones distintas a las que resultarían de la aplicación del criterio científico.

Por lo pronto este último no es capaz de distinguir como lo hace el Derecho; y las distinciones que éste establece obedecen a principios valorativos que nada tienen que ver con la medida del plazo, sino que se refieren a la conducta del hombre.

A veces, empero, cuando tales motivos de valoración especial no se presenten, nada impide que se acepte el criterio natural; es lo que aparece en un texto del Digesto, libro 50 tít, 16, ley 2 par. 1, donde se determina el día, teniendo en cuenta las horas en que está el Sol en el horizonte.

Otras veces, y las más, el día ya no es ese período, sino el que, como dijimos, se extiende de medianoche a medianoche.

Por lo que se ve que la afirmación anterior que es de Savigny, y nos hemos limitado a reproducir, de que la computación que del día hicieron los romanos resulta arbitraria, debe entenderse con ciertas reservas. Lo de arbitrariedad aparece como demasiado vago y con evidente imprecisión; más bien debiera decirse que el Derecho se aparta de la ciencia natural, en determinados casos, cuando así lo exige la equidad, para establecer los períodos, o sea el comienzo y el fin del tiempo como factor de producción, modificación o extinción de relaciones jurídicas, diferentes a lo establecido por el pensamiento científico; y que ello sucede así porque distintas son las finalidades de ambos conocimientos.

Del mismo modo que el jurista no estudia las cosas en su composición ni en sus fenómenos químicos, sino en cuanto las mismas pueden integrar relaciones o situaciones jurídicas, el tiempo jurídicamente considerado es algo diferente al tiempo de la ciencia natural. Se lo recibe como tal para metamorfosearlo de manera que pueda servir a la realización de la actividad jurídica, conformándose con el espíritu de sus instituciones. Por eso es que entraremos ahora a un terreno estrictamente jurídico donde la ciencia natural nada tiene que hacer porque el Derecho lo reclama como propio, sobre la base de su propio ser como entidad estrictamente cultural.

Volvamos al cómputo del tiempo: tenemos a nuestro lado el calendario; días, meses, el año. El legislador va a referirse al plazo; tendrá que fijar su iniciación y su terminación. Puede simplemente adoptar el cómputo por horas, por días, por meses, por años.

Y si lo hace, en todos esos casos puede referirse lisa y llanamente al tiempo natural. Mas he aquí que acaso no resulte equitativa la solución que de tal modo se obtenga. Si establece que una acción determinada de no ejercerse durante 30 días, se extingue; será justo que si el titular de la misma no pudo estar enterado de que existía dicho recurso o remedio procesal a su favor o no pudo ejercitarlo por una causa plenamente justificada como un hecho fortuito o de fuerza mayor, será justo,

repetimos, que se considere que por el sólo transcurso del antedicho - plazo, se extinga tal derecho?

Es entonces necesario distinguir, establecer principios especia les distintos según las circunstancias en virtud de criterios de conve - niencia o de equidad.

Desde luego el cómputo del plazo, esto es, repetimos, la deter- minación del período que ha de producir las consecuencias jurídicas - se hace en primer lugar conforme al criterio natural; si la ley habla de un día, a falta de normas que justifiquen que se de al término un signi ficado distinto, ha de entenderse por tal el plazo que tarda la tierra - en dar una revolución completa sobre su eje.

Desde luego que este concepto natural difiere a veces de otro de aquél que considera día el espacio de luz solar que existe sobre un determinado lugar o región del globo, en cuyo caso se tiene por arbi - traria la fijación del plazo de medianoche a medianoche en razón de- que abarca así 12 horas de sombra o de noche.

Todo esto es relativo, ya que ni siquiera la ciencia natural pue de fijar con valores absolutos el significado de la expresión día.

Se comprenderá que en ciertos supuestos los actos jurídicos, por ejemplo, deban realizarse, en horas de luz; resabios semejantes a los que hallamos en el Derecho Romano subsisten aunque por otras razones en materia cambiaria.

Otras veces en cambio, no habrá porque atenerse a criterio tan restringido y valdrá la norma de que el día es el período de 24 horas- que se extiende de medianoche a medianoche.

Como se ignora en qué preciso momento la tierra empezó a gi- rar alrededor de su eje, es imposible determinar con precisión cientí - fica, con respecto a un cierto lugar, el período de 24 horas que compo- ne el día.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que la arbitrariedad ju- rídica sobre la materia, a la que se refiere en forma tan terminante Sa vigny, no constitu ye una infracción tan grave como sus palabras dejan suponer, desde el punto de vista científico. La verdad que las diferen -

cias señaladas corresponden al Derecho por cuanto si se habla de tiempo natural se quiere con ello significar: 1o)que se cuenta cuando se hace referencia al día del período de luz;2o) que se considera la etapa que va de medianoche a medianoche; 3o) que se computa el plazo de una hora a otra con prescindencia de que pertenezcan aquéllas a distintos días en sentido civil.

Si Ticio promete pagar a Sego 100 sestercios el día IV antes de las Calendas de Mayo de un determinado año, puede ser: que hayan querido las partes que el referido pago se hiciera durante la estada del sol sobre el lugar;si no ha sido esa la voluntad de las partes, se recurrirá al cómputo civil que va de medianoche a medianoche, por lo que el deudor podrá abonar su deuda hasta las 12 de la noche del día convenido.

Si las mismas partes acordaron que se pagara dentro de las 24 horas la prestación que constituía el objeto de la obligación, pudo suceder: 1o) que entendieran que dichas horas debían contarse ininterrumpidamente, con prescindencia del día civil, de modo que comenzado el plazo, por ejemplo, a las 6 de la tarde del día V antes de las Calendas de Abril, terminara a la misma hora del siguiente día; 2o) o bien que fuera su voluntad que rigiera el cómputo civil, con lo cuál las 24 horas empezarían a la medianoche del día de la estipulación y terminarían a la medianoche del siguiente día.

Todo es pues cuestión de interpretación de la voluntad de los sujetos, cuando el plazo es negocial, o de la del legislador cuando se trata del tiempo prefijado por él.

Pero se plantea otra problema; una vez que se sabe a ciencia cierta cómo ha de computarse el plazo, median otras circunstancias que pueden alterar su cómputo.

Dentro del período que se considere, día, mes o año, puede ocurrir que en virtud de las disposiciones del legislador haya períodos de descanso, de festividad. Se tendrán o no en cuenta a éstos en el cálculo que del plazo se haga?

Igualmente es posible que suceda que para fijar el momento en

que el tiempo ha de correr se tenga o no en consideración que el sujeto del que dependía la realización de ciertos hechos o actos, supiera - o no, pudiera o no estar en condiciones de efectuarlos.

Distingos todos estos que sólo la exquisita mentalidad jurídica en su afán por llegar a la justicia ideal del caso concreto introduce, en su propósito de lograr la más completa adecuación de la norma ideal - con la realización histórica de la misma.

Hay circunstancias y circunstancias; una persona tiene derecho a una acción; la misma requiere para que sea concedida por el magis - trado cierta investigación previa de los hechos que constituyen sus presupuestos, o bien no exige nada de eso. Pero resulta que el pretor o el magistrado romano en general tenía determinados días para actuar de modo que pudiera entrar a indagar los requisitos de hechos de la fórmula que se le solicitaba, y otros en que obraba de plano, sin inquisición previa. Según fuera la cosa, no resultaba equitativo que en el cómputo se tuvieran en cuenta los días en que se viese excluido de actuar de algunas de las maneras indicadas. En un día de sesión o de conocimiento no podía recabarse la realización de un acto que no precisaba instrucción, esto es, de un acto de postulación. Y el mismo modo en los días en que el pretor actuaba de plano, y no sobre el tribunal ( la tarima sobre la que se colocaba su silla curul), no podía pretenderse que- se accionara conforme a las normas relativas a la instrucción de las - causas.

Tales particularidades históricas justificaban por un lado la división del tiempo: a) en continuo y útil; b) en natural y civil. El tiempo o el cómputo, mejor dicho, del tiempo continuo que es el que coincide en cierto sentido con la computación natural del mismo, en cuanto no distingue si se ha podido ejercitar la acción o el hecho sobre los cuales el tiempo ha de producir las consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento respectivo.

La computación del referido plazo no distingue entre días fastos y nefastos, y en tales supuestos transcurre aquél con prescindencia-

de consideraciones personales, de lugar y de modo.

La computación útil del plazo por el contrario sólo considera los días en que es factible realizar el acto sobre el cuál ha de incidir el transcurso de determinado período; por lo que es menester para que empiece a correr y siga luego su curso: 1o) que si depende de la voluntad del sujeto el hecho u omisión, aquél haya sabido o podido saber que tenía expedito el camino para proceder de esa u otra manera; 2o) que en el supuesto de que se cumpla el requisito anterior y sea necesario además realizar el acto ante el tribunal, pueda el magistrado atender la reclamación.

Lo que antecede demuestra que hay plazos en que los que se cuentan todos los días, feriados o no feriados, con prescindencia de que el interesado supiera o pudiera saber que dentro del mismo podía ejercitar tal acción o derecho, y otros por el contrario en que sólo se consideran los días en que precisamente se dan todos los presupuestos para que se pueda efectuar el acto en cuestión.

Plazos de la primera categoría los encontramos en el año de luto que debía guardar la viuda; los dos años dentro de los cuales debía oponerse la exceptio de non numeratae pecuniae porque si no prescribía ;las dilaciones acordadas judicialmente ( Código libro 3, tit. XI- ley 3)- También el plazo para la prescripción adquisitiva era continuo por lo que se incluían los días de festividad y de inactividad de los tribunales.

Tratándose de la prescripción extintiva de las acciones, cabe distinguir si el plazo para accionar o utilizar el remedio jurídico era continuo o útil.

Plazos útiles eran los establecidos para solicitar dentro de los mismos la bonorum possessio ;si ésta procedía en el caso sin necesidad de instrucción previa y conocimiento del magistrado, se consideraban solamente los días de postulación ;si en cambio requería el anterior examen del pretor, entonces solamente se computaban los días de sesión.

Hay casos en que el cómputo es útil en el inicio del tiempo, pero luego se convierte en continuo, como ocurría con el plazo del año que acordaba la ley al heredero para que ejercitara el derecho de deliberar sobre la aceptación o no aceptación de la herencia que le había sido deferida, por testamento o ab intestato, o como ocurría con el plazo para apelar de la sentencia del juez.

Durante la época clásica dicho plazo era de 2 días en causa propia y de 3 días en causa ajena; Justiniano lo elevó a 10 días; en todos los casos el comienzo del cómputo era útil; era menester que el perjudicado por la decisión judicial se hubiera enterado de la misma o hubiera estado en condiciones de tomar conocimiento de aquella y además hubiera tenido la posibilidad de hacer llegar al juez el escrito de la apelación. Mas una vez cumplido tal requisito, el tiempo de 2, 3 ó 10 días corría con prescindencia de la distinción entre fastos y nefastos, feriados o no feriados, etc.

Algunos comentaristas llamaron a esa clase o manera de computar el tiempo, cómputo mixto.

Cuando se calcula el plazo de momento a momento es necesario para que transcurra que corran todos los instantes entre el punto inicial del cómputo y el final; así comenzado a las 3 de la tarde finaliza a las 3 de la tarde del día siguiente, si es un plazo de 24 horas.

En el cómputo civil en cambio se considera al día como unidad que abarca desde la medianoche a la medianoche, por lo que ya no se tiene en cuenta la hora, como en el ejemplo precedente, sino el lapso señalado; de ahí que 24 horas se computan en esta forma: ocurrido el momento inicial a las 3 de la tarde se lo supone que se produjo a esa hora; la modificación tiene lugar con respecto al momento final del mismo pues que las 24 horas se cumplen a la medianoche del día siguiente. A veces empero se considera que comenzado el día que es el del vencimiento del término se tiene a aquél por completo, en cuyo caso basta con que se pase la medianoche del día anterior a aquél en que se cumple el tiempo para que se conceptúe vencido al plazo.

Las fuentes del Derecho Romano computan los períodos inferiores al año de momento a momento; se calculan de tal manera las horas-

los días, las semanas y los meses. En el cómputo por año, en cambio, aparece la computación civil.

Para determinar en qué casos el comienzo del último o postrero día debe considerarse como acaecido se recurre a la equidad. Si se trata de adquirir un derecho o una capacidad se aplica el antedicho criterio. En cambio cuando se presenta la hipótesis inversa, de la pérdida de una acción o bien del plazo establecido para que el deudor cumpla con la prestación que constituye el objeto de su obligación, se considera que es menester que haya transcurrido totalmente el último día del plazo.

Algunos ejemplos aclararán lo que antecede ;veamos la usucapción, es decir la adquisición del dominio quiritario mediante el transcurso del tiempo;en este caso basta con que haya empezado el último día del plazo fijado para que la misma se tenga por realizada. Comencé a usucapir el 1o de enero; a cualquier hora del día que haya ello tenido lugar, se cumplirá el plazo al final del día 31 de diciembre del pertinente año, esto es cuando se llegue al final de la 6a. hora de la noche de ese día. De haberse seguido la computación natural sería necesario tomar en consideración la hora en que comenzó la posesión y que se llegara a la misma hora del día en que terminaba el plazo, esto es de enero. De computarse el tiempo civilmente sin dar por cumplido el último día apenas iniciado, hubiera sido menester que llegara la media noche del día 1o. de enero para que tal fenómeno se produjera.

Lo mismo para determinar la pubertad;si se trataba con ella de adquirir un derecho, como el de testar o de liberarse de alguna incapacidad , no era necesario esperar la hora en que se había producido el nacimiento sino que bastaba con que se llegara a la medianoche del día anterior. Supongamos que Ticio nació a las 3 de la mañana del 1o. de enero; 15 años después alcanza la pubertad ;calculado el plazo de momento a momento ocurriría ello a las 3 de la mañana de enero del año pertinente; si se lo computa civilmente, puede ocurrir : 1o) que sea necesario que se espere hasta la medianoche del 1o de enero; 2o) que basta con que se alcance la medianoche del 31 de diciembre an-

terior. En este último supuesto es cuando se tiene al último día, el 1o. de enero, una vez comenzado como cumplido.

La Ley Aelia Sentia establecía que el menor de 20 años no podía manumitir esclavos sino con determinados requisitos ya explicados; y bien, Mevio, nacido a las 5 de la tarde del 1o. de enero del año 90 de nuestra era, en forma natural llegaba a los 20 años a las 5 de la tarde del 1o. de enero del año 110. Computado civilmente ese plazo podía pensarse que solo cumplía esa edad al llegar a las 12 de la noche del referido día, 1o. de enero; pero la verdad es que se daba por cumplido el día con el comienzo del mismo y se consideraba que después de las 12 de la noche del 31 de diciembre anterior había dejado de ser menor de 20 años, por lo cual podía manumitir sin restricciones.

Igual temperamento se seguía con el anniculus: si un latino se casaba con una ciudadana romana o una peregrina y de ese matrimonio nacía un hijo que alcanzaba el año, obtenía para sí, para su mujer según los casos y para su hijo la ciudadanía romana y adquiría la patria potestad. La cuestión era saber cuando el hijo había alcanzado el año. Imaginemos que nació el 1o. de enero del año 90 d J.C. a las 3 de la mañana y que moría a las 12 y 10 minutos la mañana del 1o. de enero del año 91. De computarse el tiempo de momento a momento, no había llegado a vivir un año, esto es 365 días. Si el cálculo se hacía en forma civil considerando al día como unidad que abarcaba de medianoche a medianoche, ni siquiera viviendo hasta las 3 de la mañana del 1o. de enero del año 91, hubiera alcanzado el requisito legal. Mas como se seguía la regla que comenzado el último día se tenía por completo, ocurría que aunque viviera cualquier instante desde las 12 de la noche del 31 de diciembre inmediato se consideraba que había muerto al año de edad.

Por similar razón podía contraer matrimonio el púber que hubiera comenzado el día de su cumpleaños cuando llegaba a los 15 años de edad, con prescindencia de la hora en que hubiera tenido lugar su nacimiento.

Si en cambio se trataba del plazo fijado para la prescripción de una acción, o del de 18 meses para que terminara el iudicium legiti —

mum, o el que tenía el deudor para cumplir su obligación o evitar una pena, se seguía el cómputo civil que consideraba al día como el intervalo que mediaba entre medianoche y medianoche. De manera que si la acción prescribía al año y había comenzado a correr el plazo el 1o. de enero, hasta las 12 de la noche del 1o. de enero del siguiente año podía el acreedor interrumpirla.

Desde luego que existía en tal caso una limitación natural, proveniente de la circunstancia de que solo en horas útiles podía deducirse la correlativa acción ante los tribunales a los efectos de producir las antedichas consecuencias.

Por igual razón el deudor podía pagar la prestación que estaba obligado a dar o realizar hasta la medianoche del día en que la misma vencía.

Lo que antecede nos pone de manifiesto, en forma harto clara, que se siguió al respecto un criterio equitativo, no fijándose normas estrictas sino obrándose de manera que se consultaran los dictados de la equidad y de la buena fe.

De ahí que cabe advertir que no hay que dejarse engañar por la nomencaltura que suelen utilizar los autores; al hablar del cómputo natural y civil del tiempo no se quiere significar que corresponda el primero al derecho de gentes, y el otro al civil; antes bien, este último es una construcción de los magistrados y promagistrados, como que adelanta o atrasa el momento de la finalización del plazo por las antedichas razones fundamentales sobre la buena fe.

Como el plazo de la usucapión se da por terminado al comienzo del último día en que se alcanza el tiempo establecido para que aquella se produzca, se comprende que no es tan difícil la explicación del ejemplo suministrado por Quinto Mucio Scaevola y que nos suministran Aulio Gelio en sus Noches Áticas y Macrobio, en sus Saturnales.

El caso era el siguiente: una mujer casada en justas nupcias pero con una forma del matrimonio que no producía el manus, devenía bajo la potestad del marido o del paterfamilias de éste si permanecía un año continuo en su poder, en el hogar conyugal.

Resultó que era factible, conforme a la Ley de las XII Tablas, que se interrumpiera dicha ocupación pernoctando 3 noches consecutivas, durante el año, en casa ajena.

Una mujer en tal situación se había alejado del domicilio conyugal el día 29 de diciembre; su matrimonio había sido celebrado el 1o. de enero, y se planteaba la cuestión de si había pasado las 3 noches fuera de la casa del marido interrumpiendo así la usucapión del marido.

De haberse computado el plazo de momento a momento hubiera sido necesario determinar previamente la hora de su casamiento; si éste se había producido después de las 6 de la mañana del citado día y mes, indudablemente que habría que haber respondido en forma favorable a la mujer, ya que pasó fuera del hogar la medianoche del día 29, toda una noche del 30, toda una noche del día 31, y la medianoche inicial del día 1o. de enero; en total 3 noches, antes que la usucapión se produjera.

Igualmente si la adquisición por el uso hubiera tenido lugar con el cómputo civil que consideraba al día de medianoche a medianoche, hasta las 12 de la noche del día 1o. de enero el marido no hubiera adquirido la manus por lo que igualmente se habría producido la interrupción de la prescripción adquisitiva.

Mas he aquí que esta última se tenía por realizada no bien comenzaba el último día, esto es, en el ejemplo que comentamos, el 1o. de enero. Ello significaba que a las 12 de la noche del día 31 de diciembre la mujer había pasado fuera del hogar conyugal solo dos noches y media: la mitad de la del día 29 de diciembre, una entera del día 30 y una entera del 31, pero la medianoche del 1o. de enero, desde las 12 del día 31 hasta las 6 de la mañana del 1o., que era cuando se completaban las 3 noches, encontraba a la mujer ya usucapida por el marido.

Por eso decía Scaevola que para poder interrumpir la posesión era necesario que la mujer dejara la casa marital el día 28 del citado mes de diciembre.

Aunque hablamos en el ejemplo del día 29 ó 28 de diciembre, es lo cierto que en la época del jurisconsulto mencionado regía el calenda

rio de 355 días, razón por la cual diciembre en lugar de 31 días solo tenía 29, por lo que en rigor de verdad ha de adaptarse el caso considerando en lugar del 29 el día 27, y en lugar del 28 el día 26 del citado mes.

Esta materia se presta a ardúas discusiones y en la doctrina se encuentran innúmeras opiniones que no coinciden con la que hemos seguido y que pertenece a Savigny. Sin embargo creemos que verdaderamente el sencillo sistema que expone este autor en su magnífica obra - que ya hemos citado en varias oportunidades es el que mas se concilia con textos fundamentales sobre los cuales vamos a detenernos ligeramente.

Hallamos así dos fragmentos de Ulpiano, uno tomado de un comentario del autor al Edicto y el otro de un comentario a la obra de Sabino. Figuran los dos en el Digesto, libro 41, tit. 3, como las leyes 6 y 7. Dice el primero que el plazo de la usucapión no se calcula de momento a momento, sino que comenzado el postrero día se tiene por completo; y el segundo da un ejemplo: supone una usucapión comenzada a la hora 6 del día del 1o. de enero (mediodía), y enseña el jurista que se cumple a la hora 6 de la noche del día anterior a las Calendas del - mes de enero que corresponda al vencimiento del plazo. La hora 6a. de la noche del pridie Calendas eran las 11 de la noche cumplidas, esto - es, a las 12 de la noche del 31 de diciembre; o sea que comenzado el - 1o. de enero se entendía que éste debía considerarse como totalmente - transcurrido, por lo que no era necesario esperar al mediodía del citado 1o. de enero ni tampoco, desde luego, a las 12 de la noche del mismo.

Otro fragmento que pertenece al jurisconsulto venuleyo y que figura en el libro 44, tit. 3, ley 15 del Digesto consagra igual solución Refiriéndose a la usucapio dicé el autor que glosamos, que aquella se cumple en cuanto se haya poseido la cosa en cualquier instante del "novísimo" día, no exigiéndose que este haya enteramente transcurrido. - Por "novísimo día" no cabe entender sino aquel en que conforme al cómputo natural se cumpliría la adquisición por el uso, es decir, el 1o. de enero; de ahí que la solución significa que basta que se pase la media-

noche del día 31 de diciembre para que el fenómeno se produzca. Es mas, basta con que haya ocurrido un solo momento, por pequeño que sea, desde ese instante, a los efectos de dar por realizado el plazo.

La opinión de Savigny nos seduce por lo sencilla y por su concordancia con los textos a que nos hemos referido, mientras que otras hipótesis no presentan semejante congruencia, sobre todo aquella que retrasa el día en 24 horas y pretende, en consecuencia, que la usucapión se cumplía a la medianoche del 30 de diciembre.

Si se considera y no se olvida que en principio es el cómputo de momento a momento el que puede determinar el comienzo y el fin del plazo, se percibe fácilmente que la llamada computación civil constituye una excepción a dicha regla, por lo que en los casos de duda es con respecto a esta última que hay que considerar las soluciones.

La usucapión no se producía naturalmente hasta que se hubiera cumplido la hora en que se había empezado la posesión, los años después que conforme a la ley fueran necesarios para usucapir. La computación civil pudo prolongar ese lapso hasta la medianoche del día en que verificaba tal suceso, o bien pudo anticiparla, considerando que empezado el referida día se tenía por sucedida la adquisición por el uso.

Se optó por esto último y al obrar así se quiso indudablemente anticipar el momento de la usucapión pero no hasta la medianoche del día 30 de diciembre, sino lisa y llanamente hasta la del día 31 de diciembre.

Es de notar que los que retrasan en 24 horas el cómputo lo hacen sobre la base de que de otra manera no podría explicarse la solución que Scaevola suministra al caso ya planteado. Razonan así: la mujer se fue del hogar marital, el día 29 de diciembre; computando civilmente dicho día tenemos 2 medianoches, la que medió entre las 12 del 28 hasta las 6 de la mañana del 29, y la que corrió desde las 6 de la tarde hasta las 12 de la noche de ese último día: 2 medianoches, el día 30 y dos el 31, en total 6, o sea 3 noches; si aún así consideraba Scaevola que la mujer no pernoctó 3 noches consecutivas fuera de la casa

del marido es porque la usucapión se cumplía a la medianoche del día 30 de diciembre.

La falacia de la argumentación está en computar en forma civil el día inicial del plazo, esto es, en el ejemplo a que nos referimos el día 29 de diciembre, porque dicho cómputo se hacía con respecto al día final, el que podía entenderse prolongado hasta la medianoche del mismo, o anticipado a su comienzo.

Los criterios de loscomentaristas del Derecho Romano habrán servido para establecer posteriormente nuevos sistemas, diferentes al que se conoció en aquel y constituirán la base de otras legislaciones, pero sin incurrir en la arbitrariedad más absoluta no puede considerarse que el momento inicial del término haya sido retrotraído por los romanos a la medianoche del día precedente.

Las fuentes, como hemos visto, se refieren al día postrero, al novísimo día, es decir, al momento final del plazo, con respecto al cual caben 3 soluciones: 1o.) el cómputo del momento a momento; 2o.) el cómputo civil: a) prolongado hasta la medianoche del día en que termina el plazo; b) anticipado a la medianoche del día anterior.

Hoy en cambio, en nuestro derecho, existe una manera distinta, ya que el momento inicial se computa, cuando el plazo es por días con prescindencia, de la hora en que se tiene por empezado el mismo, con lo cual se retrotrae el instante incial de este a la medianoche que antecede.

Ello es una evidente prueba de que la confusa visión que se tuvo del problema, a raíz de las múltiples teorías que se elaboraron sobre el tema, incidió en forma fundamental sobre la mente de nuestro codificador.-

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

## LECCION XVIII

## EL PROCESO

227o.) Origen y evolución.- Los conflictos que se suscitan entre los componentes de un determinado grupo social con respecto a los bienes que sirven para satisfacer sus necesidades, se resuelven por las formas mas variadas que pueda concebir la mente del hombre, y las mismas dependen del grado de evolución espiritual que los individuos hayan alcanzado. De ahí que las primitivas y toscas mentalidades de los primeros tiempos de la historia recurrieron a la fuerza y a la venganza privada, como solución de las controversias que se originaban en sus reducidos y poco evolucionados grupos. El paulatino progreso de las comunidades espiritualizó el rudo mecanismo de las primeras épocas procurándose al mismo tiempo que realizar la idea innata de justicia, obtener la mas rápida y fácil terminación del conflicto para garantizar así la paz social.

El primer paso que se dió hacia la supresión de un estado de cosas que ponía en peligro los recientes resultados logrados por el desarrollo de la actividad económica y jurídica, fué substituir la decisión del litigio que estaba en manos de las mismas partes interesadas, por un tercero ajeno a aquél. Y fué esa una etapa decisiva por cuanto desde que no quedó la solución al arbitrio de los que por tener comprometido su interés, no podían examinar la causa con imparcialidad, se hizo posible actuar la idea de justicia también en este género de asuntos.

De todos modos y durante siglos siguió dominando la antigua concepción del combate, en las diferentes formas que se adoptaron su-

cesiva y paulatinamente para resolver los pleitos entre los particulares, la religión influyó, desde luego, en este devenir por cuanto sólo por el temor de los hombres hacia la ira de la Divinidad se avinieron a entrar en un orden completamente extraño a sus viejas maneras de vida que se inspiraban, en los conflictos originados entre sí, en la violencia.

Solo teniendo en cuenta las ideas que preceden podremos explicarnos las primeras fases del procedimiento romano. Este participó de los caracteres que hemos enunciado, como podemos atisbarlo a través de los resabios que encontramos mas de una vez en sus instituciones plenamente evolucionadas.

En un tiempo que no podemos precisar hallamos organizada toda una maquinaria matizada con fuertes tintes religiosos, cuya finalidad era la de solucionar las discrepancias producidas entre los componentes de la comunidad del Tíber.

228o.) Fases.- Empleando el mismo método que hemos utilizado para examinar otras instituciones, distinguiremos: 1o.) la etapa de la autonomía de los clanes; 2o.) la de la Confederación gentilicia; 3o.) la de la comunidad territorial o "civitas"; 4o.) la del Imperio con sus tres fases: a) República; b) Principado; c) Bajo Imperio o Monarquía.

En la primera fase el procedimiento romano se determina por los siguientes caracteres: a) Los conflictos sólo pueden existir entre clanes, no dentro de cada gens por cuanto las discrepancias surgidas entre los componentes de esas unidades se solucionaban directamente por un acto de autoridad de sus jefes. Además la ausencia de personalidad jurídica de los que estaban sometidos al paterfamilias que presidía el clan hacía imposible concebir que pudiera existir una controversia jurídica entre los mismos. Hallamos el equivalente de esa situación, en épocas posteriores, en los conflictos que surgían entre los integrantes de una misma familia. b) Los clanes en lucha entre sí por la posesión de los pastos o terrenos comunes, o bien por el agravio inferido por el miembro de uno de ellos al de otro, empleaban la guerra para llegar a obtener una reparación. En un período que no podemos ubicar es factible que hayan recurrido a la elección de un árbitro encargado de dar una solución que-

se garantizaría por medio de rehenes. Es factible que los mismos jefes gentilicios constituyeran un organismo temporario o permanente destinado a resolver ese género de litigios. De todos modos es indudable que cualquier organización que al respecto haya existido debió estar impregnada de fuerte contenido religioso. c) Precisamente ese carácter religioso de las soluciones dadas a los pleitos de los clanes, justifica la ulterior sacramentalidad de los procedimientos, cuyo origen debe ser anterior al de la etapa de la confederación gentilicia.

Esta misma se constituyó para llevar a cabo la incipiente unidad que la comunidad de raza, de costumbres y lenguas imponía entre los cantones que habitaban la márgen izquierda del Tíber. Y cuando se llegó precisamente a constituir una entidad federal encargada de la administración de los intereses comunes, se perfiló con mas nitidez una organización de la justicia que no dependía ya del libre arbitrio de los jefes gentilicios. Por eso en esta segunda etapa, la de la confederación clánica encontramos los siguientes caracteres: a) Sólo los clanes pueden tener conflictos jurídicos, y no los componentes de los mismos y menos de los que integraban la misma gens. Sin embargo ya no es posible recurrir a la guerra, sino que es menester buscar la solución del litigio en los órganos destinados al efecto por la Confederación. b) El colegio de pontífices de la Confederación es el que tiene a su cargo lo relativo al procedimiento y a las formas necesarias para llegar a la decisión del litigio, lo que prueba el carácter religioso que también el proceso tuvo desde sus mas remotos tiempos. c) La solemnidad caracterizó a las distintas etapas que hubo que recorrer para llegar a una sentencia.

Sabemos que la "civitas" adoptó las instituciones de la confederación gentilicia, y que con ella empezó a disminuir y a pasar a segundo plano la enorme influencia que hasta entonces habían ejercido los clanes. Y sabemos también que la organización de la comunidad asentada sobre la base del territorio, se perfiló desde el comienzo como una arrolladora contrincante de todas las ideas viejas, decidida a establecer de una vez por todas su poderío y a suprimir las primitivas unidades que todavía tenían vocación política. Demás está decir que los nuevos tiempos exigieron un desarrollo de la personalidad individual a expen-

sas de la unidad familiar, favoreciendo así, sin quererlo, la idea de - que el hombre, por encima de todas las cosas, es el protagonista principal. Aunque no se realizara la misma en la forma cabal que los siglos posteriores a la destrucción del Imperio Romano llevaron a cabo, es indudable que incidió sobre los vetustos conceptos y que, con las lógicas limitaciones que el resabio de lo antiguo imponía, por primera vez se- concibió que los conflictos pudieran surgir entre los individuos y no ya entre los clanes.

Pero no paró allí la evolución que la "civitas" entrañaba, sino que se fué todavía más allá, por cuanto ya no se limitó la posibilidad- de los conflictos a los componentes de diferentes "gentes", sino que se admitió que pudieran existir entre los que integraban un mismo clan. - Verdad es que durante siglos los clanes fueron substituídos por una unidad menor, la familia, con todas las restricciones que ello suponía, pero no obstante constituyó un evidente progreso que pudiera considerarse desintegrada la comunidad clánica no sólo desde el punto de vista - procesal, sino desde cualquier aspecto social que se tome en cuenta.

Sin duda que la comunidad territorial al comienzo copió a la - Confederación gentilicia; de ahí que los procedimientos utilizados por esta última sirvieron también para resolver los pleitos, pero las bases - de un nuevo orden estaban echadas y la historia confirmaría la verdad- de ello con la evolución que les imprimió a las viejas instituciones que la ciudad adoptaba.

Resultado de todo ello fue que si bien al comienzo la civitas - mantuvo los caracteres de la etapa que la precedía a poco que se anduvo por las nuevas rutas que abría el progreso, se llegó a la secularización del procedimiento, así como se llegó a igual resultado en otros aspectos del derecho y de la vida, y como consecuencia de ello se produjo también en este campo la separación del elemento religioso del civil.

No obstante mantuvo durante siglos el proceso romano la férrea impronta de lo que había sido cuando se abandonó la fuerza como suprema razón de los conflictos humanos: el carácter de arbitraje que tuvo - hasta los últimos años del Alto Imperio y que sólo con la Monarquía que

instauró Diocleciano perdió definitivamente, aunque hiciera ya entonces largos años que tal idea era, en verdad, un espectro.

De todos modos y durante la comunidad territorial hallamos los siguientes caracteres del procedimiento romano que resumimos así: a) la organización judicial no resuelve ya los conflictos de los clanes entre si, sino de los que componen las distintas familias. b) Imita el antiguo procedimiento que estuvo durante siglos en manos del colegio de Pontífices, hasta que se produce su secularización llevada a cabo esencialmente por el escriba de Apio Claudio, esto es, Cneo Flavio en el año 304 a de J.C. c) Subsiste el carácter formalístico que distingue a las fases anteriores ya estudiadas. d) Y se mantiene el criterio de que el juicio no es en definitiva sino un arbitraje; de ahí la división de la doble instancia, "in iure" e "in iudicio".

Este último carácter merece un desarrollo; en efecto, la circunstancia de que el proceso comenzara y fuera durante mucho tiempo un arbitraje determinó que los encargados de la administración de justicia dentro de la comunidad territorial, solo se ocuparan de estructurar las bases necesarias para la ulterior instrucción y decisión del litigio; de modo que apareció una natural división que marcó las dos etapas que caracterizaron hasta el Bajo Imperio al procedimiento romano. El estado intervenía solamente durante la primera fase, esto es para organizar el combate judicial, cuyo posterior desarrollo tenía lugar ante un particular que terminaba su misión dictando una opinión, una "sentencia", quedando luego al arbitrio de los particulares el cumplimiento de la misma.

Es indudable que ello determinó una manera particular del procedimiento romano cuyas notas mas sobresalientes la dan la jurisdicción y la acción, sin perjuicio de que en virtud de ciertos intereses que se consideraran superiores a los que estaban en juego en el conflicto, pudieran los magistrados obrar de otra manera, es decir, interponiendo directamente su imperio. Precisamente el desarrollo ulterior de esta idea que estaba en germen en los períodos anteriores y hasta había recibido en muchos casos completa evolución, llevó a la reforma que Diocleciano impuso, pero en tiempos de la comunidad territorial como en los de

la República y el Principado no se sospechaba siquiera que pudiera llegarse a tan extremas consecuencias.

El hecho de que la ejecución de la sentencia del "iude" quedara librada a las posibilidades de los contrincantes, dejaba subsistente un resabio de barbarie que los tiempos se encargaron de corregir; por lo que se llegó a construir todo un nuevo procedimiento, esto es, una estructura judicial sobre la base de la opinión que el juez había emitido, similar a la de la etapa de conocimiento precedente. De resultas de lo cual se terminó incluyendo a la ejecución también dentro del sistema del arbitraje obligatorio.

Las particularidades que anteceden justifican el régimen de las acciones, que tanto en la forma de acciones de la ley como en el de las fórmulas caracterizan al procedimiento romano en uno de sus aspectos. Y solo en uno de sus aspectos porque por otro lado, y en forma paralela aunque no simultánea, se iba desenvolviendo la idea de que el Estado debe directamente intervenir en la solución de los conflictos que afligen a sus súbditos, al márgen de la sumisión a la decisión de los árbitros.

Con ello queremos significar que el procedimiento sufrió las visicisitudes experimentadas por la consolidación de la comunidad territorial, manteniéndose así, y como al go caro a los romanos, un paralelismo que desembocó en unidad solo durante el Bajo Imperio.

Hoy es difícil entender tal sistema porque estamos habituados a considerar que el Estado es el árbitro único y definitivo de los conflictos que se producen entre los individuos que componen una sociedad determinada; de manera que si no hacemos el esfuerzo necesario para superar tal concepción difícilmente logremos captar el fenómeno en sus manifestaciones durante los períodos que estudiamos.

Para aclarar sin embargo el concepto es menester tener presente que cuando apareció, porque las circunstancias lo exigían, la comunidad territorial no tenía esta otros modelos para copiar que los que le ofrecían las etapas precedentes, impregnadas como ya se ha visto, del matiz gentilicio que las caracteriza. Lógico era entonces que en esto,

como en tantas otras cosas, se imitara a los primitivos tiempos y que - por ende la decisión de la controversia judicial se redujera a llevar a las partes ante árbitros.

De ahí que todos los ritos utilizados por los particulares para - llegar a obtener la decisión del conflicto, se funden en un elemental - principio: la substitución del verdadero combate por la pugna dialéctica. De ahí entonces el concepto de "acción" que preside a este procedimiento.

Mas a medida que se fue consolidando la comunidad territorial, se hizo sentir la necesidad de suplantar, por lo menos en algunos casos si no en todos, la actividad de los particulares por la del Magistrado. Se originó así un nuevo órden de cosas que no desplazó enteramente al anterior, es mas que tuvo atisbos solamente durante la "civitas" y un desarrollo mayor aunque no completo durante las dos primeras fases del Imperio, pero que culminó fatalmente durante la Monarquía, cuando - se llegó por fin a consolidar definitivamente la idea de Estado centrada en torno a la persona del emperador.

Para resumir cuanto antecede y que constituye la idea central- de toda la doctrina del procedimiento romano en las etapas que estamos estudiando, debemos decir: 1o.) por un lado, durante la "civitas", y como continuación de un orden de cosas que se prolongaba desde las etapas precedentes, el modo de componerlos conflictos jurídicos entre - los sujetos del derecho, se basó sobre la primitiva idea de que el proceso era un substituto del combate que en tiempos de venganza privada, lejos de ser una figura retórica había constituido una realidad. Por eso se limitaba la intervención de la comunidad territorial a la organización de la pugna dialéctica, terminando su cometido una vez que ello se hubiera logrado a través de un acto fundamental que se llama litis - contestatio. La ulterior evolución de esa actuación quedaba al arbitrio de jueces privados, sin que la comunidad pudiera intervenir en la misma nada mas que de una manera indirecta. 2o.) Por otra parte, empero, y como lógica consecuencia del asentamiento de la autoridad territorial, se produjo un fenómeno inusitado que se desarrolló en torno a la amplia concepción que del "imperium" del magistrado y del promagis -

trado tenían los romanos: fue la posibilidad de decidir directamente el conflicto el pertinente órgano estatal, con prescindencia de los formulismos consagrados por la religión y las costumbres. Se perfilaba así, ya en tiempos de la civitas lo que recibiría su consagración definitiva con la reforma del emperador Diocleciano.

Por entonces sin embargo lo que mas urgía resolver no era tanto el conflicto entre la comunidad por un lado y la antigua libertad de las organizaciones gentilicias, si no la superación de las viejas fórmulas - que con su carácter estrecho y religioso impedían la adecuada adapta - ción de las mismas a las nuevas necesidades que la vida y el progreso - producían.

No hay que olvidar empero que durante el período de la comunidad territorial se logró un objetivo importantísimo con la secularización del derecho procesal romano, que lo desligó del carácter religioso que tenía. Ya nos hemos referido en más de una oportunidad a la reforma de Cneo Flavio, que significó sustraer de manos del colegio de Pontífices no solo el conocimiento de las acciones, si no también la determina - ción del calendario que tanta importancia tenía para el desenvolvimiento de aquellas.

Sin embargo fue con el Imperio y en la primera fase de la República que se completó tal reforma, cuando con la introducción del procedimiento formulario fue posible que el Magistrado o el Promagistrado tuvieran una libertad de acción desconocida en materia jurídica en las etapas precedentes.

Conseguida la secularización de las "acciones de la ley", venía el derecho a quedar reducido a los modos limitados y exclusivos que el procedimentalismo primitivo había encontrado y esteriotipado en forma que parecían establecidos para siempre, por lo que cualquier interés que se hallara al márgen de la posibilidad de reducirse, en caso de conflicto, a los términos que dichas fórmulas fijaban, solo podían hallar tutela de manera irregular mediante la intervención del magistrado y a - través de su "imperium".

Esto fue decisivo para el desarrollo del Derecho Romano porque no solo influyó sobre el procedimiento, sino que configuró todo el dere

cho sustantivo, al punto que solo en la medida en que un interés se hallaba a cubierto por algunas de las fórmulas ya mencionadas podía considerarse comprendido dentro del Derecho Objetivo.

Como consecuencia de ello lo que estaba fuera de este último orden solo podía merecer la transitoria tutela del magistrado o del promagistrado, por manera que se vino en esa forma a crear un paralelismo que terminaría por fusionarse dando origen a las instituciones que caracterizan las etapas finales del Alto Imperio y que fueron preciosos antecedentes para las reformas que introdujo sobre esta materia la Monarquía.

Mas por ahora nos interesa señalar el paralelismo, y al mismotiempo subrayar que durante la "civitas", el mismo se mantuvo en forma tal que resultó imposible abrir brechas dentro del cuadro de las rígidas acciones de la ley, haciendo penetrar en el mismo las vivificantes influencias del derecho honorario. Y ello se produjo ciertamente en virtud del cerrado carácter que las "legis actiones" tenían.

Todo vino a cambiar sin embargo, durante la primera fase del Imperio, a fines de la República, cuando se admitió la posibilidad por la reforma del procedimiento, de que las acciones que se inspiraban en los antiguos formularios, pudieran ser creadas por el magistrado o promagistrado generándose así un proceso por el sistema del arbitraje a que ya nos hemos referido.

Eso llegó a ser en definitiva una revolución, por cuanto mediante ese sistema se abrieron los cerrados cuadros del derecho civil y a través de sus claros se introdujeron las renovadoras influencias que el derecho de gentes hacía tiempo había experimentado.

Desde luego que la referida evolución no se produjo en un día y por obra de un hombre, y dió al procedimiento un sentido que hasta entonces no había tenido pues mediante la reglamentación del combate judicial, pudo el magistrado influir en la configuración del derecho material.

Hallamos así dos caracteres fundamentales del procedimiento durante la República: 1o.) Se extiende el concepto de la acción a las-

figuras creadas por la práctica forense, lo que permitió la comprensión de innúmeros conflictos que quedaban fuera de la limitada esfera de acción de las "legis actionis". 2o.) Sirvió también el proceso como manera de llegar a la formulación mas adecuada del derecho sustantivo, y fue el instrumento por medio del cual se elaboró el llamado derecho de gentes u honorario.

Sin embargo, como ya dijimos, estaba también la otra forma de resolver los conflictos, de carácter administrativo, estatal, denominada "extra ordinem", en la que no se conocían las instancias "in iure" e "in iudicio", en la que no había árbitros, y donde solamente la autoridad prevalecía.

Con la fundación del Imperio surgió la necesidad de administrar justicia en los territorios conquistados y se extendió a ellos, en parte, el sistema del juicio por jurados, es decir del procedimiento mediante la jurisdicción y la acción que tan hondas raíces tenía, conforme explicamos, en la historia del pueblo romano. Pero asimismo las ciudades libres que luego de la victoria romana conservaron su autonomía, mantuvieron su propia organización de la justicia, por lo que los conflictos de sus ciudadanos se regulaban por las formas procesales que el derecho local conocía. Solo cuando había que litigar ante el tribunal del gobernador o de alguno de sus delegados, se imponían los modos del procedimiento establecidos por el derecho romano, los que podían ser, como en la misma ciudad con alguna diferencia, los del juicio arbitral o la cognitio extra ordinem.

Finalmente, durante la República y aún en el seno de la misma ciudad, aún antes de que apareciera el sistema de las fórmulas, se crearon a imitación de los tribunales comunes, órganos encargados de resolver los litigios entre los extranjeros o entre estos y los ciudadanos romanos: el pretor creado en la segunda mitad del siglos III a de J.C., para solucionar los pleitos entre esas personas, obró de acuerdo al sistema del juicio por jurados; la única aunque esencial diferencia era que en lugar de aplicar las "acciones de la ley", empleaba las fórmulas creadas por él mismo e inspiradas en la equidad y la buena fe, con lo cual preparó la admisión ulterior del novedoso método, realizada du

rante los siglos II y I a de J. C. por el pretor urbano.

La circunstancia de que las "acciones de la ley" y por ende el procedimiento por jurados solo involucraban a los ciudadanos romanos dentro de territorio romano y para cosas contempladas por el derecho quiritario, venía a excluir no solo a los extranjeros sino también a las regiones que no eran consideradas prolongaciones jurídicas de la ciudad del Tíber y a los objetos que no regulaban las normas del derecho civil.

De manera que la única vía abierta para la tutela de esas situaciones la constituía el procedimiento extra ordinem que por no estar basado sobre el derecho y sí sobre el "imperium" admitía mayor número de posibilidades, que las contempladas por el "ius civile".

Sin embargo se creyó necesario extender también a los peregrinos y luego a estos en sus controversias con ciudadanos romanos, el régimen del juicio por jurados, aunque éste, como hemos advertido ya, difirió esencialmente de las "acciones de la ley", por cuanto se elaboró en virtud de las fórmulas que se preparaban con antelación en el tribunal del pretor peregrino.

Es indudable que no se llegó a esta etapa sino relativamente tarde, por lo que cabe presumir que se arbitrara alguna solución intermedia hasta que se creó la referida magistratura peregrina. Y consistió la misma en la ficción de los requisitos que faltaban, a saber la ciudadanía, o la territorialidad o bien el carácter de mancipi de la cosa que no lo era. Desde luego que la ficción no tuvo lugar en todos los casos, sino que fue un recurso utilizado por el magistrado en determinados supuestos.

La instauración de la pretura peregrina significó que también con respecto a los extranjeros existiría un doble orden de cosas en materia procesal; a) por un lado la regulación extra ordinem, fundada en el imperium del magistrado o del promagistrado; b) por el otro, el sistema de las acciones y de la jurisdicción, en el que las primeras en lugar de ser las "legis actiones" del derecho civil, estaban configuradas por las fórmulas que creaba el nuevo magistrado.

De ahí que mientras los ciudadanos romanos tuvieran para decidir sus pleitos las acciones de la ley o la cognitio extraordinaria, los extranjeros desde más o menos el año 241 a de J.C. contaron con el flamante pretor "qui inter peregrinos dicit", o bien el procedimiento extra ordinem.

No se modificó la situación de la pretura urbana, que solamente durante el Imperio y siempre en la fase de la República recibiría una nueva solución.

Es indudable que ésta se hacía necesaria por cuanto los métodos utilizados por el pretor peregrino resultaban más ágiles y con mayores posibilidades para el desenvolvimiento y el progreso de las normas jurídicas, de manera que en realidad antes su tribunal era donde se recibían las innovaciones que la equidad sugería y que la vida reclamaba con sus exigencias cotidianas.;

La jurisprudencia que se fue elaborando por espacio de siglos en el referido tribunal habría terminado por constituir el derecho vivo del grupo social; mas he aquí, que los ciudadanos estaban excluídos formalmente del mismo.

Semejante estado de cosas no podía prolongarse cuando por el transcurso del tiempo y la aplicación de hecho, aunque no de derecho de las normas así creadas, se vió la conveniencia de adoptarlas y de extender el sistema a la resolución de los litigios entre los mismos ciudadanos. Y fue entonces que sobrevino la reforma de los siglos II y I a de J.C. que por medio de tres leyes, la Aebutia, las dos Julias, aplicó el procedimiento formulario dentro de la misma comunidad romana.

Pero con la implantación de la pretura peregrina no persiguieron los romanos solamente el propósito de hallar un medio similar al de su proceso por acciones, para los extranjeros, sino que al mismo tiempo se procuraba un alto objetivo político: establecer mediante la jurisprudencia una serie de normas que fueran válidas no solo para los ciudadanos, sino principalmente para los extranjeros que integraban el Imperio que ya se insinuaba con los contornos que en los sucesivos siglos adquiriría. De ahí que en esta forma indirecta también desempeñó el procedimiento del tribunal del pretor peregrino una función similar a la que

luego, durante el Principado y con mayor razón durante la Monarquía del Bajo Imperio, desempeñaría la legislación.

Resumiendo: durante el Imperio, en su fase Republicana hallamos los siguientes caracteres del proceso: a) continúan las "legis actionis" de la etapa de la Confederación, como único modo de resolver los litigios producidos entre los ciudadanos. No obstante el fenómeno experimentó una notable modificación; se produjo la secularización del sistema con la publicación del liberto de Apio Claudio, Cneo Flavio. Con ella dejaron los Pontífices de tener en sus manos la elaboración de las formas sacramentales que configuraban el procedimiento. b) La creación del Imperio impuso la necesidad de hallar la manera de solucionar las controversias de los extranjeros entre sí o de estos con los ciudadanos y al mismo tiempo la de establecer una serie de normas que permitieran alcanzar cierta unidad dentro de la variada legislación y costumbres que cada uno de los pueblos sometidos tenía. Por eso se arbitró un ingenioso recurso, creándose una magistratura nueva en la segunda mitad del siglo III a de J.C., destinada a decidir las causas judiciales por medio del juicio por jurados, pero con la diferencia de que la sustancia del mismo no estaba ya en las normas del derecho civil, y en las formas religiosas adoptadas por la comunidad quiritaria sino en un nuevo procedimiento: las fórmulas creadas por el magistrado cuyo fundamento eran la buena fe y la equidad, y su contenido los usos y costumbres producidos por el comercio de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo en sus seculares contactos entre sí. c) Con el transcurso del tiempo se comprobó que las soluciones halladas en ese nuevo tribunal eran más ágiles y adecuadas ante las exigencias de la realidad, por lo que se impuso finalmente la idea que largos siglos antes germinaba, de suplantar el proceso de las acciones de la ley por el de las fórmulas.

No hay que olvidar empero que siempre subsistió y en forma paralela la decisión de ciertos pleitos por la intervención directa de la autoridad, esto es, la cognitio extra ordinem.

Durante el Principado, el proceso siguió su natural evolución; por un lado se advertía ya cual sería el ulterior desarrollo, a favor de que sistema se inclinaría el decurso de los siglos, y cual en cambio

caería en desuetudo. Podía desde luego imaginarse que acaso una reforma fundamental terminara con el antiguo sistema de la jurisdicción y las acciones para implantar de una vez por todas, la inmediata e indiscutida participación del Estado en la decisión de los litigios. No obstante no hallamos en esa fase en forma tan pronunciada formulado ese principio porque no debemos olvidar que el Alto Imperio mantuvo el régimen republicano.

La falta todavía de una noción clara y precisa sobre el Estado-determinaba el apego a las antiguas formas, y sobre todo a la división del proceso en las instancias "in iure" e "in iudicio", resabios de épocas en que por ausencia de una autoridad superior se resolvían las contiendas recurriendo a los árbitros elegidos voluntariamente por las partes.

De manera que la intervenc ión de la autoridad "in iure" se limitaba a organizar el ulterior debate judicial, estableciendo los límites dentro de los cuales se desenvolvería la discusión dialéctica, pero no se iba más allá;con la "litis contestatio" cesaba la participación del Estado y el proceso se desarrollaba entre particulares.

Ya durante la República recibió el sistema un fuerte embate con la sustracción de determinados delitos al régimen del juicio por jurados y en el Principado con la aparición de nuevos funcionarios, delegados-del emperador cuya misión era también la de administrar justicia, se dió el caso de que la esfera de acción de la cognitio extraordinaria aumentara. Pero aún así no podemos caracterizar al régimen que Augusto fundó e inauguró como el de la directa asunción de la solución de los litigios por el Estado, atento a que en lo principal predominó el sistema del juicio por jurados, con jurisdicción y fórmulas.

Sin embargo el Emperador no dejó las cosas como habían estado durante la república, atento a que quiso y logró intervenir las diferentes fuentes de producción normativa, entre las que se hallaba sin duda el procedimiento. Por lo que con la codificación del Edicto Perpetuo y la integración de su consejo con los jurisconsultos más reputados de la época, logró también influir en los procesos tanto sobre las normas o preceptos que debían regular el fondo de la cuestión, como en la conce

sión o denegación de las fórmulas en cada caso, o con la creación, modificación o supresión de otras.

Hallamos así en esta etapa un continuo aunque lento derrumbe del procedimiento por jurados, y un avance penoso pero seguro del principio de la intervención estatal en todos los litigios.

Por eso cuando llegamos al Bajo Imperio encontramos preparado el camino para la suplantación definitiva del régimen antedicho, por la nueva forma que las modernas concepciones del Estado imponían, substituyendo directamente a los particulares, en caso de litigio judicial, por la autoridad estatal, con lo cual ya no quedó solo una parte del procedimiento reservada al magistrado o funcionario judicial que obraba por delegación del príncipe, sino que tuvo a su cargo todas las fases desde los comienzos hasta el fin. Y lo que es aún mas importante, no se limitó, como otrora el iudex a emitir una opinión, sino que su decisión comportaba una declaración de voluntad del mismo Emperador, (esto es, el Estado), con todas las consecuencias que ello entrañaba y por ende con la posibilidad de ejecutarla por los medios de fuerza de que se disponía.

229o.) Organización Judicial.- Encontramos en los dos primeros períodos del procedimiento, en los cuales estaba este dividido en dos fases, la faz "in iure" y la faz "in iudicio", la distinción bien neta y definida entre magistrado y juez. Solo en la época postclásica, durante el Bajo Imperio, y con motivo de la reforma de Diocleciano es que apareció el magistrado juez, convirtiendo así el proceso extra ordinem que había existido en forma paralela en las etapas precedentes, en la forma común y corriente de resolver los conflictos judiciales.

En la primitiva monarquía era el rex o rey el encargado de regular los actos solemnes que constituían la base del ulterior debate judicial ante el Colegio de los Pontífices al comienzo, y mas tarde ante los centumviros o los jueces.

Con la República pasó dicha función a los cónsules, los que tuvieron en consecuencia a su cargo la realización de los actos que comportaban el ejercicio de la jurisdicción, y al mismo tiempo utilizar, de ser necesario, el fundamento del "imperium" para hacer justicia.

En el año 367 a de J.C. se creó la pretura urbana, con la cual aunque en principio el pretor tuviera igual categoría que los cónsules, de hecho se especializó en el desempeño de la actividad jurisdiccional con las consecuencias que tan fundamental hecho produjo con el transcurso del tiempo.

Desde luego que mantuvieron los cónsules la jurisdicción sobre todo en determinadas materias, pero es indudable que con la creación de la pretura urbana, que marca un fundamental jalón en la historia del derecho romano, adquirió la vida jurídica una trascendencia insospechada.

Con posterioridad surgió el cargo del pretor peregrino que tanta importancia tuvo en el desenvolvimiento de las relaciones del derecho de gentes.

Completamos este rápido bosquejo señalando igualmente a los dos ediles curules y a los gobernadores de provincia como magistrados y promagistrados con facultades jurisdiccionales.

Con el Principado junto a los magistrados citados, aparecieron los funcionarios del emperador: el prefecto para la ciudad y el prefecto del pretorio, además de los legados en las provincias cuya administración quedó en manos del príncipe; se crearon nuevas preturas y curadurías con competencia en determinados ramos. El prefecto augustal pudo conocer e instruir las causas que tenían lugar en Egipto, dominio privado del emperador que se consideraba sucesor de los faraones; el prefecto de los vigiles tuvo limitada jurisdicción y para ciertas infracciones dentro de la ciudad de Roma, dividida en 14 regiones. Se distinguieron, conforme al régimen de la Diarquía, por un lado los procónsules y propretores, y por el otro los legados imperiales, delegados del emperador en las provincias asignadas a su regio mandato.

Para la solución de los conflictos vinculados con el Fisco fue substituída la vieja institución de los censores, que tiempo hacía había desaparecido, por la del Procurador del César, ante cuyo tribunal se ventilaban, según procedimientos extraordinarios, los pleitos administrativos.

Los legados de los procónsules merecieron un régimen aparte - en lo que a facultades concierne, como tendremos oportunidad de examinar cuando nos ocupemos de la competencia.

Finalmente con el Bajo Imperio se acentuó la centralización de la función jurisdiccional en la cabeza del emperador, al que se concibió como la única y última fuente de la jurisdicción (en sentido lato) Por ello todos los magistrados y funcionarios estuvieron supeditados a una fuente central, de la cuál se consideraba que emanaban todos sus poderes.

Los prefectos del pretorio, los prefectos para la ciudad, los presidentes, los correctores, el cuestor del sagrado palacio, los condes de - las larguezas sacras y privadas, y una innúmera multitud de jerarquías- menores, tuvieron a su cargo la difícil tarea de administrar justicia.

En los dos primeros períodos de la historia del procedimiento romano no había diferentes clases de jueces: 1o) permanentes, como los- centumviros y los decenviros stilitibus decidendiis; 2o) circunstanciales designados para cada causa concreta: los jueces propiamente dichos , - los árbitros y los recuperatores.

Constituían los centumviros un colegio dividido en 4 salas; su número era de 105, a razón de 3 por cada una de las 35 tribus de la comunidad. Los 4 consilia funcionaban en la Basílica Julia, como nos lo enseña Quintiliano ( De la Institución oratoria, lib. XII, V) dónde dice - que un día vió a Tracalo, gran orador y abogado, exponer la causa ante uno de los 4 jurados allí establecidos, imponiéndose con su potente - voz al bullicio que reinaba en el recinto. En un solo local funcionaban los 4 jurados porque Tracalo expuso con tal maestría y con tanto calor que fué aplaudido hasta por los abogados que actuaban ante las otras - tres comisiones.

Los decenviros stilitibus iudicandiis tenían por misión sortear las salas de los centumviros para cada causa, presidirlas y compelerlos a citar a las partes. El pretor urbano o un pretor especial llamado " hastiarius", solían también presidir el tribunal de los centumviros, con facultades para convocarlos y hacer suspender, a veces la audiencia.

Preciosos datos sobre la manera de actuar ante los centumviros los volvemos a hallar en Plinio el Jóven, en sus Cartas libro II, epist. - 14, dónde expresa, dirigiéndose a Máximo, que está cansado de defen - der pleitos ante el colegio centumviral, porque la mayoría son de poca importancia. Se queja además que mozalbetes imberbes, jóvenes abogados sin experiencia concurran a hacer sus primeras armas ante esos jue ces, cuando antes por lo menos era necesario ser presentado por una - persona del rango consular para poder abogar ante los mismos, Señala - además que el público que concurre lo hace a instancias y pagado por los abogados y las partes para que apludan al "orator", al punto que se había instalado en la Basílica un salón dónde esas personas comían gra tuitamente. Cuanto peor era el abogado mayor era el número de aplau - sos que recibía porque la clase era más numerosa, de dónde podía juz - garse el mérito de aquél en orden inverso a las exclamaciones que su disertación suscitaba.

Se cuenta que Quintiliano acompañaba a Domitio Afer, céle - bre abogado, durante una causa que este defendía ante el tribunal cen tumviral; era su costumbre hablar pausadamente, de pronto se oyó un - gran estrépito proveniente de la audiencia vecina, luego el silencio, y así por tres veces, durante las cuáles Afro interrumpió su discurso. Al - fin inquirió la causa del bullicio, y se le dijo que era producida por - los aplausos y exclamaciones que provocaba otro agobado, volviéndose al jurado, exclamó entonces: Centumviros: aquí y con esto perece el ar- te de la elocuencia.

De lo que antecede podemos colegir que los consilia se reu - nían en las basílicas, eran presididos por los decenviros y hasta por el- pretor, asistiendo el público a la vista de las causas.

Además de en la Basílica Julia se reunían en la Basílica Porcia ante la presencia de la lanza.

Los centumviros conocían de todas las causas de su competen - cia correspondientes a Italia: luego al Imperio, distribuídos como se ha dicho, en 4 consilia. Parece que había litigios que eran decididos prime ro por los decenviros y luego por los centumviros: eran los praeiudicia.

Suetonio (Vida de Octavio Augusto, Cap.36) dice que el emperador dispuso que los centumviros fueran convocados por los decenviros en lugar de los cuestores que hasta entonces lo hacían. No obstante parece que también el pretor solía presidir los jurados de centumviros; así nos manifiesta Plinio, el Jóven, libro V, Epístola 21, que había concurrido a la Basílica Julia para el patrocinio de una causa que debía ventilarse ese día; estaban sentados los jueces, habían llegado los decenviros y la gente observaba a los abogados, cuando llegó un mensajero del pretor Nepos con la orden de este de que se levantara la sesión, lo que así se hizo con gran contento de Plinio oque recibía la suspensión de la causa con alegría. Más adelante y en la misma carta nos enseña el autor que también presidía a los centumviros el pretor.

Había pleitos que eran juzgados, repetimos, primero por los decenviros y luego volvía la causa para su continuación a los centumviros; eran los concernientes al estado de las personas que se suscitaran, por ejemplo, en una cuestión hereditaria y que debían resolverse como causas prejudiciales por los decenviros.

Cuando la importancia del litigio lo justificaba se reunían las 4 cámaras o consilia de centumviros para conocer del mismo, como lo relata Plinio el Jóven, en sus Epístolas, libro VI, carta 33, en el caso de Accia Variola, desheredada por un padre octogenario que se había casado con una jóven; la hija reclamó la herencia ante los centumviros cuyas 4 salas se juntaron, y con gran número de personas asistentes al juicio, y colocadas en las galerías laterales del palacio, y de abogados y procuradores, se debatió la cuestión que quedó cierto tiempo indecisa, pues dos de las salas daban la razón a Accia Variola defendida por Plinio, y las otras 2 a la madrastra; al fin, esta perdió la causa.

En el libro primero de Oratore, Ciceron atribuye a los centumviros competencia sobre las siguientes materias: causas de usucapión, de tutelas, de gentilidad, de agnación, de aluvión, del nexum, de los mancipios, de las servidumbres urbanas de cargar en la pared ajena de luces, de las aguas de lluvia, de los testamentos rotos o ratificados, y de otros pleitos que versean sobre algo propio o ajeno, si alguien es o no ciudadano, o extranjero, o esclavo, o libre. Pero dice además que enten

dían por lo general den las controversias que no versaban sobre hechos sino sobre el derecho o la equidad. Quintiliano en el libro IV de sus Instituciones Oratorias parecéria confirmar esa opinión, cuando dice - que los centumviros resuelven sobre si debe heredar ab intestato el hijo o el hermano del causante, no existiendo controversia sobre los he - chos.

Sumamente interesante es la noticia que nos trasmite Tacito en su Diálogo sobre los Oradores, edic. Nizard. cap. 38, p. 495; nos dice que se va a ocupar del procedimiento de los tribunales en los tiempos an - tiguos, y que aunque reconoce que la práctica de su tiempo era más - apta para llegar al descubrimiento de la verdad, se prestaba menos que la anterior al desenvolvimiento de la elocuencia, cuando los oradores o abogados no tenían tan restringido el tiempo para sus exposiciones, pudiendo si el día no les alcanzaba proseguir en los siguientes, y cuando no estaban tampoco limitado el número de los abogados que podían intervenir por cada parte. Añade que Pompeyo durante su tercer consulado restringió tal libertad, queriendo que la mayor parte de las cau - sas se trataran en el foro, ante los tribunales del pretor y conforme a - la ley, con lo que puso un freno poderoso a la elocuencia. Y agrega - que lo que mejor prueba que las causas llevadas ante esos magistrados ocuparon el primer lugar, surge del hecho de que los más grandes abogados como Cicerón, César, Bruto, Calvo, Celio y otros actuaron en tal foro, y no en el de los centumviros que en su época (la de Tacito), conocían los asuntos más importantes, pero que entonces estaban tan obscurecidos que sólo Asinio Polion intervino ante ellos en favor de los - herederos de Urbinia.

Tres cosas nos llama la atención de este relato: 1o) que parece surgir del mismo que las cuestiones sometidas a los centumviros no estaban al principio reguladas por la ley y escapaban al conocimiento - de los pretores, con lo cuál se corroboraría la opinión de que la "legis actio" por sacramento en su fase "in iure" se instruía y conocía - por el Colegio de los Pontífices; 2o) que durante la República decreció la importancia del jurado centumviral por el brillo que alcanzó el del pretor; 3o) que en tiempos del Imperio, siglo II d.J.C., volvió el jurado

de los centumviros a tener en sus manos la decisión de los pleitos más complejos.

De lo que antecede podría suponerse como hace Sigonio que los oradores tenían mayor campo de acción ante las causas que se instruían por el magistrado, en virtud de que como versaban sobre hechos además de implicar cuestiones de derecho, podían hacer mayor gala de sus dotes. En cambio ante el jurado de los centumviros, como sólo se debatían controversias jurídicas, actuarían los jurisconsultos.

De todos modos el comentado pasaje de tácito nos sugiere la duda de que la acción de la ley por el sacramento se instruyera al comienzo por los magistrados laicos, y que no quedara en cambio preservada al Colegio de los Pontífices, en cuyas arcas se depositaba el "sacramentum". Este punto de vista justificaría la aparición de la legis actio por iudicis postulationem, ya que en virtud de esa se habría podido recurrir al pretor para que conociera de ella y presidiera y regulara todos los actos a realizarse "in iure".

No obstante en el tribunal de los centumviros se produjo también una evolución, por cuanto los mismos llegaron a aplicar la equidad, como se desprende claramente de la decisión que adoptaron en la Causa Curiana en la que hicieron prevalecer el espíritu de la disposición testamentaria que correspondía interpretar, sobre la letra de la misma.

Existían además los jueces, los árbitros y los recuperadores. Señala Sigonio (De Iudiciis, lib.I, Cap.22, Opera Omnia t.V, Milán 1736 en latín, folios 730 y ss.) que el "iudex" conocía de todas las causas, fueran de hecho o de derecho, y las de resolución más fácil y sencilla.

El "iudex" o juez era elegido del album de los senadores, o de los caballeros por la ley Sempronia, o de los senadores y caballeros por la ley de Livio Druso; la elección la hacía el actor pero se requería el consentimiento del demandado; así dice Ciceron en su oración a favor de Cluentio, que los antepasados no quisieron que nadie fuera juez no sólo tratándose de estimar algo, sino también en cuestiones pecuniarias, si las partes no se ponían de acuerdo en cuanto a la elección.

No quedará sin duda al puro arbitrio del demandado aceptar o no el juez que la otra parte proponía, por lo que luego de ofrecer un número determinado de los mismos, debería el recusante ofrecer alguna justa causa para no aceptarlo, bajo apercibimiento en caso contrario de colocarse en la situación de indefendido, y dar lugar a una missio in possessionem sobre sus bienes.

Ya en tiempos de Ciceron se discutía en qué casos correspondía designar un "iudex" y en cuáles un "arbiter" ó árbitro. Probablemente este último sólo podrá elegirse, por igual procedimiento que los jueces, en el caso de que se tratara de juicios fundados sobre la buena fé o la equidad, con lo que habría que excluir su existencia durante el régimen de las legis actiones. El "iudex" en cambio se nombraría para las acciones de derecho estricto.

Festo dice que el árbitro es el que tiene la potestad y el arbitrio de toda la causa, lo que parecería justificar el concepto que anteriormente hemos dado.

La parte podía solicitar al magistrado que nombrara "recuperatores" para solucionar el pleito, su nombre, enseña Sigonio, ep. y loc. cit., deriva del hecho de que conocían sobre la recepción y restitución de las cosas privadas. Festo explica que, según Elio Galo, la ley establecía que se nombraran recunatores cuando en las cuestiones entre pueblos, reyes, naciones o ciudades extranjeras, se presentaba el problema de la recuperación de las cosas de los particulares.

Parece que también para otro género de conflictos se nombraban "recuperatores", pues Escipion nombró a tres para que, recibidas las declaraciones de los testigos, decidieran cuál de los dos soldados que discutían el punto, había llegado primero a la fortaleza enemiga. En igual sentido, un pretor de España, en una reclamación por dinero que hacían unos súbditos españoles, designó 5 "recuperatores" de la clase senatorial para que conocieran en dicha causa.

Sabemos por Aulo Agelio (Noches Aticas, libro XX) que también se nombraban "recuperatores" para estimar la indemnización de los daños causados por la injuria, una vez que se abolió la antigua pena

de los 25 ases. Y de Ciceron se desprende que defendió a Caecina, en un pleito de posesión, ante "recuperatores" dados por el pretor Dolabella, para que decidieran si se debía o no restituir la posesión del inmueble arrebatado por la violencia.

Sigonio, op.cit.folio 731, concluye que siempre que se trataba de cuestiones de puro hecho se designaban "recuperatores".

Por Gayo sabemos que un "juicio legítimo", entre otros requisitos exigía que se resolviera por un "iudex", de lo cuál se deduce que los árbitros y los "recuperatores" no se nombraban en las acciones o en las fórmulas que se basaban sobre el derecho civil en sentido estricto.

Era facultad del pretor dar o no dar el juez, el árbitro o nombrar jurados tomados de los centumviros; pero en caso de que los designara debía hacerlo eligiendo a personas aptas. Plauto en sus Bachidibus así lo señala, y en igual sentido dice Paulo (D.5, 1, 12, 72) que no se pueden nombrar jueces a los que por naturaleza o costumbres no pueden desempeñar tales funciones; por naturaleza, como los sordomudos, los furiosos con locura permanente, los impuberes porque carecen de juicio; y por impedimento moral, los separados del Senado en virtud de su mala conducta, las mujeres y los esclavos en virtud de que no podían desempeñar cargos civiles.

No interesaba por lo demás que el juez fuera sui iuris o alieni iuris, pero no debía tener interés en el litigio que se le encomendaba resolver, razón por la cuál el vínculo de parentesco, la amistad con las partes o la enemistad, el prejuzgamiento, el haber defendido a uno de los sujetos del proceso, determinaban su exclusión.

Si el juez moría o se volvía loco, o por cualquier causa demoraba la sustanciación de la causa, era reemplazado a pedido de parte. por el magistrado. No hay que olvidar que los juicios legítimos caducaban a los dieciocho meses de comenzados, y los fundados en el imperio al año.

Para terminar con este punto hemos de señalar que ni los componentes de los colegios permanentes ni los jueces, árbitros o recupera

dores eran magistrados, sino meros particulares, razón por la cuál se explica la necesidad de las formalidades que se realizaban "in iure", ya sea con el procedimiento de las legis actiones, o bien con el de las fórmulas, pues constituían la base sobre la cuál iban a poner aquéllos a aplicar, con autoridad, las normas del derecho objetivo.

El hecho de que el tribunal o el juez que iba a instruir la causa y a decidirla fuera un mero particular, justifica que no pudiera aplicar las normas jurídicas sino en virtud de una fórmula que llevaba en sí la impronta del magistrado que representaba al Estado, mas una vez que este último había indicado el camino derecho civil ú honorario, la acción del "iudex", o del jurado tenía la suficiente flexibilidad para moverse dentro del ámbito señalado, sin que quedara reducida a la mera aplicación de una disposición concreta prefijada por el magistrado, lo que por lo demás hubiera resultado imposible, ya que sólo con el cabal conocimiento de todos los hechos y la valoración de los mismos, hubiera podido el pretor o el gobernador de provincia llegar a la determinación de la regla jurídica aplicable al caso.

230o.) Auxiliares de la Justicia.- Había auxiliares del órgano jurisdiccional y auxiliares de las partes.

El magistrado no actuaba solo; tenía a su lado a los servidores como los dictores, encargados de ejecutar por la fuerza las decisiones del pretor y de mantener el orden de las audiencias; los ujieres, los que debían anunciar el comienzo y el fin de las sesiones y difundir los pregones; los esclavos y libertos, cuya misión era la de realizar las nimias tareas, como el transporte de la silla curul, el album que contenía los decretos transitorios, etc. Habría también secretarios que realizarían las inscripciones en el rol de las audiencias del día así como recibirían las fianzas dadas por las partes y llevarían el registro de las estipulaciones pretorianas. Estaría a cargo de ellos también la nómina de las personas inscriptas en el album pertinente para ejercer la abogacía o actuar como procuradores, e igualmente la de los jueces que habría que designar en las controversias. Tendrían asimismo en sus manos el cuidado del calendario judicial, para saber a ciencia cierta cuáles era los días fastos y los nefastos, y también los de postulación en los que el magis-

trado actuaba de pleno (interlocutorias), sin necesidad de colocarse - sobre la tribuna y los de conocimiento en que se producía la actuación mediante previa inquisición de los hechos.La diferencia señalada es formal en apariencia, pero en substancia se caractizaba la primera por el hecho de que el pretor decidía casos que no requerían una instrucción previa, y la segunda porque era menester el conocimiento del a - sunto.

Tuvieron también los magistrados sus asesores, juristas de desta cada actuación, ingenuos o libertos de intachable conducta y de ele - vada capacidad, que con sus conocimientos asesoraban a los pretores y a los gobernadores de provincia, y luego al emperador, buscando los - precedentes y los principios jurídicos adecuados que debían servir co- como fundamento de derecho de la causa.

Auxiliares de las partes fueron los abogados y los procuradores.

La persona que quería actuar en justicia como actor o demanda do buscaba un abogado para que lo asesora en derecho ante el bribu - nal del pretor o del gobernador de provincia, y para que luego actua - ra ante el juez.Había varias clases de abogados:unos estaban dedica - dos a la defensa de la parte ante el juez:se llamaban "oradores" y se- distinguían por la facilidad de palabra y el conocimiento de la retó - nica;otros en cambio hacían gala de su saber jurídico, limitándose a - llevar la dirección jurídica del pleito o a asesorar, sin que tuvieran in - tervención activa en el mismo.

Para actuar en el foro como abogado se necesitaba pertenecer al sexo masculino, tener 17 años totalmente cumplidos, no poseer un de - fecto o vicio corporal incompatible con sus funciones, como la sordomu - dez, la ceguera, ni estar inhabilitado por la vida deshonesta o inflama - ble.

No tenemos noticia de que se exigiera para ser abogado un tí- tulo académico, pero es indudable que el que se proponía ejercer tal - profesión tendría que haberse acreditado antes por sus conocimientos y su experiencia, porque para ello era necesaria la inscripción en el rol de los distintos tribunales.Así había un número límite máximo que va -

riaba según se tratara del tribunal del Prefecto del Pretorio ante el cuál se autorizaban a actuar a 150 abogados, 80 ante el Prefecto para la ciudad, 120 ante el tribunal del gobernador de provincia, y 12 ante el consistorio del príncipe.

Se examinaría al postulante y se lo inscribiría previa acreditación de la buena conducta, de las condiciones morales suficientes y de los conocimientos jurídicos necesarios para el cabal desempeño de la función. Durante el Bajo Imperio se organizó toda una jerarquía en el rubro y los abogados más antiguos del album estaban encargados de defender las causas fiscales, lo que les reportaría importantes beneficios.

Del mismo modo en esa época y en virtud del régimen corporativo que imperaba, se prefirió llenar los claros de los registros con los hijos y descendientes de los abogados ya inscriptos.

El abogado debe defender a su cliente con la mayor diligencia de manera que una vez que colocó al fin de su escrito la palabra "con cepit", con su nombre, en señal de ratificación de su consulta, queda obligado por las consecuencias perjudiciales qpe pueda sufrir el interesado en virtud de un mal asesoramiento; es el abogado el que responde por la oportunidad y la legalidad del consejo.

Las injurias que pueda vertir en sus exposiciones contra el juez o la otra parte, que se deban más al calor de la defensa que a una aviesa intención de ofender, no se consideraban delitos en homenaje a la libertad del patrocinio, no obstante lo cuál debía abstenerse de emplear términos desdorosos que no condijeran con la dignidad de la justicia y podían ser corregidos por el imperio de los magistrados.

Los errores de derecho que cometa el abogado en el juicio no deben perjudicar asu cliente, y el juez está en el deber de subsanarlos porque no se halla vinculado por los términos o las disposiciones jurídicas invocadas por los litigantes. En cambio los errores que versan sobre los hechos pueden enmendarse siempre y cuando se deban al letrado que los cometió en ausencia de su patrocinado, y se solicite su corrección antes de que se haya dictado sentencia. En el caso de que el

letrado cometa el error de hecho en presencia de su cliente, en principio no podrá rectificarse salvo que una causa excepcional explique el silencio que guardó quién por su interés y conocimiento del litigo se presume que debe estar interiorizado de todas las circunstancias fácticas del mismo.

La ley Cincia del año 204 a de J.C. prohibió a los abogados recibir compensación alguna en dinero o en otros objetos por sus trabajos. El emperador Claudio, dejó, contra la voluntad del Senado, delado esas disposiciones y estableció un honorario máximo de 10.000 sestercios, Con Neron, el Senado logró al comienzo que se reimplantara la prohibición de la mencionada ley, pero el emperador terminó reproduciendo las disposiciones de Claudio. Trajano insistió en que el abogado no podía recibir ninguna suma en concepto de honorarios antes de que estuviera terminada la litis, pero también su restricción cayó prontamente en desuso. Se admitió así que el abogado tuviera derecho a percibir honorarios por sus trabajos judiciales y extrajudiciales. aunque se perdiera la causa, siempre y cuando ello no tuviera lugar por culpa del letrado.

Si el honorario no se ha pactado entre el abogado y el cliente lo fija el magistrado, previa indagación de los trabajos realizados, teniendo en cuenta, si es preciso, las particulares fatigas que la causa o un punto de la misma, hayan exigido al profesional. Si en cambio existe un convenio corresponde aplicar el mismo a menos que tenga cláusulas contrarias a la moral o al órden público. Se consideraban tales el pacto de cuota litis y el "palmarium". Consistía el primero en una participación del letrado en la cosa litigiosa, no sólo era nulo tal pacto sino que se destituía al abogado que lo concertara, y hasta se pretendió aplicarle la ley Julia sobre la violencia privada. El "palmarium" era un premio que se prometía al profesional antes del término de la causa para el supuesto de que el promitente resultara vencedor.

Los honorarios se hacían efectivos extra ordinem, pues no existía acción para percibirlos, como consecuencia de la cuál durante la época clásica no pudo utilizarse el juicio por jurados. En verdad se re-

gulaban en forma sumaria y se seguía un procedimiento abreviado en el que intervenía en todas sus etapas el magistrado.

El abogado no interviene como parte en el proceso, sino como director de la faz jurídica del mismo; de manera que si el interesado quiere, en el procedimiento formulario o en la cognitio extraordinaria utilizar los servicios de un tercero que para que actúe por él, debe nombrar un procurator. Este es el que administra un negocio ajeno, judicial o extrajudicial, mediante mandato del dueño del mismo.

En las "legis actiones" no fué posible utilizar este recurso de la procuratio porque aquéllas fórmulas eran solemnes y estaban concebidas en primera persona, como los demás actos legítimos del derecho quiritario. Sólo con el procedimiento formulario fué posible establecer la procuratio como una institución permanente y común.

Se aprovechaba la ficción de que la litis contestatio producía algo similar a la novación de la obligación llevada al pleito, y el nacimiento de una nueva, para que esta última se pusiera a cargo del procurator.

Pero antes de entrar a detallar este procedimiento queremos señalar que en ciertos casos se permitió aún con el régimen de las acciones de la ley que un tercero actuara por otro en el proceso, lo que tuvo lugar en circunstancias extraordinarias, como de ausencia por interés de la República, de cautiverio en poder del enemigo, o de minoridad. En tales supuestos se designaba un "cognitor", quién debía nombrarse ante el tribunal del pretor, en forma oral y con determinadas palabras. También pudo emplearse esta manera de actuar con el procedimiento formulario, aunque se prefería la de la procuratio, que no requería la presencia de las partes ni que se hiciera "in iure".

Dijimos ya que la litis contestatio se trababa con el procurator, por lo que si bien el dueño del negocio figuraba en la demostratio y en la intentio de la fórmula, el procurator aparecía en la condemnatio. Eso significaba que dueño de la acción que surgía de la sentencia favorable ú obligado por las resultas de la desfavorable era el mismo procu

rator, ya que no se conocía la representación, por lo que correspondía que la ejecución se hiciera a su favor o en contra suyo, sin perjuicio de obtener la rendición de cuentas o el resarcimiento del daño sufrido ante el verdadero dominus negotii por las respectivas acciones de mandato directa o contraria. Finalmente el pretor acordó acciones útiles a favor y contra del verdadero interesado viniendo de esa manera a suplir la ausencia de la representación, de modo que en la práctica la sentencia se consideraba dada a favor o en contra del mandante del procurator.

Por lo general pueden darse procuradores en todas las causas aunque se excluyan algunas; las hay en que se debe actuar personalmente, como cuando se ejercita el interdicto unde liberi por el paterfamilias para recuperar la posesión de los hijos que se hallan en poder de terceros, salvo que el pater se halle enfermo o ausente, en cuyo caso, con conocimiento de causa, puede accionarse mediante procurator. La misma prohibición existía cuando se trataba del ejercicio de una acción popular, atento a que el ciudadano que accionaba lo hacía ya como una especie de procurator del "populus", o si se trataba de un tutor, un curador o un síndico de una corporación por la misma razón que justificaba la prohibición precedente. Esas prohibiciones desaparecían una vez trabada la litis contestatio en cuyo caso podía siempre designarse un procurador atento a que aquélla convertía al accionante en dueño del pleito.

Cuando en la acción o interdicto popular hay además involucrado un interés privado, no rige la prohibición de designar procurador como ocurre en el caso del que acciona porque se le ha prohibido transitar por la vía pública si mediante dicho tránsito se vió privado de acceder a su fundo, o bien si se le impidió llegar al sepulcro de su familia.

De igual manera el que accionaba por injurias cometidas contra él sobre la base de la ley Cornelia, no obstante haberse dictado dicha ley en consideración de la utilidad pública, lo hacía para defender un derecho propio, y podía nombrar procurador.

Una constitución de los emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio dispuso que en las causas patrimoniales podía actuarse por procurador salvo que el juez considerara conveniente la actuación personal de la parte.

Aunque por la causa pueda designarse procurador empero no a todos les es lícito hacerlo; así no pueden actuar mediante intermediario los infames. El hijo de familia puede hacerlo como actor siempre que se trate de una acción personal que puede ejercer como la de injurias, y si su padre estuviera ausente y el procurador de este no ejercitara la respectiva acción.

El esclavo que puede nombrar procurator extrajudicialmente, no puede hacerlo para actuar en juicio pues el que carece de libertad no tiene facultad para estar en justicia, salvo que litigue reclamando su libertad, pues en las cuestiones de estado tanto el que reclama la libertad estando en situación de esclavo, como el que siendo libre es reclamado como esclavo, pueden obrar mediante procurador.

El mudo y el sordo pueden designar procurator, aunque ellos no puedan ser nombrados para obrar en juicio.

El pupilo, la pupila, los menores de 25 años pueden nombrar procurator ad litem con la auctoritas del tutor o el consentimiento del curador.

El que ha sido designado procurador para actuar en juicio, antes de la litis contestatio no puede a su vez substituir su mandato. Tampoco el tutor, el curador o el actor de un municipio tienen facultad, antes de la traba de la litis, para nombrar apoderado de la causa que en virtud de su oficio están compelidos a actuar como accionantes o demandados. Luego de la litis contestatio, como devienen dueños del pleito, desaparece la razón de la prohibición y en consecuencia pueden substituir el mandato que desempeñan.

En principio tampoco es factible nombrar procurator al que es el titular de la acción, sin embargo la regla sufre excepciones: así el

heredero directo que debe restituir la herencia a un tercero en virtud- del S.C.Trebeliano, puede ser designado procurator para actuar como - actor y demandado por el fideicomisario, no obstante que aquél es en- rigor de derecho el verdadero titular de la sucesión. Del mismo modo - el acreedor prendario puede dar mandato al dueño de la cosa dada en prenda para que ejercite la acción Serviana, a pesar de que en tal caso también el procurator es dueño de la acción. Igualmente si hay va - rios acreedores a los que un deudor debe algo en forma solidaria, si só lo con uno de ellos realiza la constitución de pecunia (pecunia consti tuta) sólo él y no los otros pueden actuar mediante tal acción, y no - obstante se autoriza que pueda designar a uno de los otros acreedores- como procuratos suyo contra el deudor.

Por el contrario si hay varios deudores solidarios, uno pue de dar mandato a otro para que lo defienda en el juicio que le siga el acreedor. E igualmente cuando el padre acciona o es demandado actuan do por el hijo puede designar procurator a este en dicha causa.

El hijo de familias puede ser nombrado procurator aunque sea menor de edad siempre que haya cumplido los 17 años.

No pueden ser procuradores las mujeres, los soldados, ni el que ha de ausentarse por causa de la República, o el que padece en fermedad crónica, o el que ha de desempeñar una magistratura, o ningu na persona contra su voluntad. Tampoco pueden serlo los infames aún - con el consentimiento de la otra parte.

El acusado por un crimen no puede defender a otro en - juicio antes que no se justifique en el proceso su inocencia.

El esclavo no puede actuar como actor o demandado y - por ende no puede ser designado procurador, salvo una excepción esta blecida por el emperador Constantino que admite que el esclavo del - ausente pueda pedir el interdicto de vi en nombre de su amo.

Las mujeres no pueden ser procuradoras en causas ajenas pero sí en las propias. Como excepción se admite que puedan hacerlo -

por sus ascendientes si acaso se hallan impedidos por enfermedad o la-edad y no tengan quién por ellos actúe.

Con respecto a los militares se distinguen los veteranos de los-soldados en servicio activo;mientras los primeros pueden desempeñar-la función de procurador en la litis, le está vedado a los segundos aunque el adversario en el pleito preste su consentimiento para ello, Pero si se ha trabado la litis con el procurator que es militar sin que se advirtiera su condición ni se hiciera cuestión, no podrá por esa causal - ser removido.Además también pueden los saldados ser procuratores en-causa propia,o en causa común a sus camaradas.Fuera de estos casos el militar no puede actuar ni por sus padres, o su mujer,porque no lo - permite la utilidad pública.

No No se puede dar más de un procurador por litigio;de manera - que si se designan varios,el último nombramiento revoca a los anteriores;y si se los designó simultáneamente, el primero que actúe en juicio es el que lo hará en lo sucesivo, excluyendo a los demás.

En cambio en un mismo pleito si hay varias personas que litigan pueden hacerlo cada una con su propio procurador, así como designar un sólo procurador que actúe por todas ellas siempre y cuando todas tengan el mismo interés o intereses coincidentes o no divergentes-en cambio no puede actuar un mismo procurador para dos partes que - tienen intereses contrapuestos, Así si hay varios herederos no pueden - todos actuar por el mismo procurador en la acción de la división de la herencia o en la de división del condominio, ya que pueden existir intereses controvertidos en cuanto a la adjudicación de las cosas y las - condenas accesorias.En cambio si muere uno de los coherederos y deja varios herederos, estos pueden actuar por un mismo procurator.

Para poder actuar como procurator es necesario tener mandato, a veces este se sobreentiende:como ocurre por ejemplo con el mandato para reinvindicar que autoriza a ejercitar la acción ad exhibendum que es preparatoria de la reivindicatoria, de la cosa mueble.Igualmente el procurador a quién se dió mandato para pedir el legado, puede - deducir contra el heredero el interdicto de exhibición de las tablas. -

El que recibió mandato para actuar de inmediato, lo tiene aún para hacerlo después del litigio; y si se le dió mandato para pedir dos cosas, y solo pide una, podrá luego solicitar o demandar la otra.

Se admite empero que ciertas personas puedan actuar judicialmente por otras sin la necesidad de mandato en virtud de la natural afección que entre ellas se supone: así el marido puede hacerlo por la mujer, para causas concernientes a los bienes de la última, siempre que preste la caución de rato y cumpla otros requisitos, para evitar que las mujeres actuando en sus causas se mezclen con los hombres y pierdan el pudor. Si en cambio dió mandato al marido, se aplican las disposiciones pertinentes.

También los hijos o descendientes pueden actuar, sin mandato, en juicio por sus ascendientes; y se entiende por descendientes no sólo los que están sometidos, como alieni iuris, a la patria potestad, sino también los sui iuris, sean de sexo masculino o femenino, o descendiente por vía de mujer. Asimismo por ascendientes se entienden el padre, el abuelo, el bisabuelo, etc., así como la madre, la abuela, la bisabuela, etc.

Tampoco necesitan mandato para actuar los que lo hagan por sus hermanos, o el suegro si lo hace por la nuera, ni los libertos que lo hacen por sus patronos, o estos por aquéllos.

En todos estos casos se excluye la acción del procurator cuando es evidente la voluntad del interesado de que no actúe por él, por lo que sino se requiere que se justifique el mandato, es menester que no se pruebe que se obra en contra de la voluntad del dueño de la causa.

El que obra por otro en juicio, como actor o demandado, sin mandato, debe defenderlo como lo haría un buen varón, y dar satisdatio suficiente que determinen árbitros de que el dueño de la litis ratificará lo actuado por él.

"Cuando el procurator tiene la obligación de defender a su mandante." El procurator que acciona por otro en virtud de mandato tiene la obligación de actuar por él si el demandado reconviene. De igual modo el que actúa como descendiente, ascendiente, hermano, por el

liberto o el patrono, sin mandato. Si este existe, el procurator debe - para contestar la reconvención dar caución de ratificación.

También el procurator nombrado en causa propia tiene el de - ber de defender al mandante en la contrademanda, salvo que haya reci bido la procuración por una causa onerosa.

Por causa onerosa se entiende aquella que resulta, por ejem - plo, de la venta de la herencia, cuando el vendedor, o sea el herede ro, nombra procurator al comprador para que pueda reclamar los crédi tos, en cuyo caso si es de buena fe, no tendrá que defender al primero frente a las acciones que los acreedores del causante tengan contra él.

En cambio si el procurator in rem suam lo es a título lucrativo tiene la obligación de defender al mandante: así una persona designó a su acreedor Sempronio tutor de su hijo pupilo. Muerto el tutor, dejó heredero a su hermano, falleció luego éste, encomendando a sus here deres que dieran como fideicomiso a Ticio, el crédito de éste contra - el padre del ex pupilo de Sempronio; accionando el fideicomisario, el ex impúber podrá contrademandar por la acción de tutela directa que tiene contra los herederos del hermano de Sempronio, y el procurator in rem suam debe defenderlos.

Si un ciudadano ejercitaba la acción popular no deberá defen der a la República contra la cual el demandado tenga a su vez una ac ción que pueda introducir en el proceso mediante reconvención; la du da podría surgir del hecho de que se considera al que ejercitaba la ac ción popular como procurator del pueblo, pero la solución es negativa.

Cuando el procurator que acciona no se aviene a defender a su mandante en la reconvención que deduzca la otra parte, el magistra - do no concede la acción, sancionando así su conducta. Para saber si defiende o no a su parte es necesario tener en cuenta, en cada caso, - las particularidades que se presenten; así a veces bastará que dé cau - ción o satisfacción, otras que acepte juicio; debe, en una palabra, ha cer lo que haría el dueño del litigio obrara personalmente.

La defensa no solo consiste en actos positivos, sino también en

omisiones de resultar estas mas convenientes para el mandante, como- si prefiere antes que actuar por el demandado, dejar que el actor sea puesto en posesión de la cosa, si se acciona con la acción de daño no hecho pero temido o con la acción reclamando un legado, lo que tendrá lugar si por el valor de las mismas no vale la pena estipular o cumplir el legado. O bien cuando el procurator permite que a pedido del actor que solicita la denuncia de obra nueva, el Pretor la conceda, si está seguro de que el mandante no tiene el derecho de edificar más alto, por ejemplo. O si reclamado por acción noxal el daño causado por el delito privado de un esclavo, el procurator del amo tolera que aquél tome posesión del siervo.

En todos esos casos el procurator debe dar caución de que el mandante ha de ratificar lo que él ha tolerado o permitido.

La defensa que debe hacer el procurator debe ser la que haría un buen varón, por eso se excluyen las artimañas o argucias que sólo conduzcan a frustrar los propósitos de la otra parte.

Si el adversario propone varias acciones y hay de parte del contrario para cada una un procurator dispuesto a asumir la defensa del mandante, deben ser admitidos todos los procuradores; pero en cambio si el actor reclama 10.000 sestercios, y hay dos defensores que aceptan el pleito, cada uno, por 5.000 sestercios, no se considera que defienden al presunto deudor, salvo que medie aceptación del accionante.

El procurator debe defender al mandante no sólo ante una acción, sino también con respecto a los interdictos y en los casos en que tengan lugar las estipulaciones pretorianas, que están en lugar de las acciones.

A diferencia del procurator del actor que, salvo excepciones, solo puede actuar si existe un mandato previo, en cambio el del demandado puede hacerlo, sea liberto o tercero ajeno a aquél, sin mandato, siempre que dé caución de pagar la cosa juzgada.

Pero mientras el procurator del actor debe defender a su mandante en todas las acciones que como reconvención se introduzcan en la causa para la que se le encomendó actuar, el procurator del deman-

dado, debe hacerlo en aquella que se le mandó, o bien, sino hay mandato, en la que él elija. Se exceptúa el caso de que interviniendo el defensor en una causa, pretenda luego el actor que la perdió la restitución por entero, en cuyo caso el procurator del demandado debe también defenderlo en el juicio rescisorio.

A diferencia también del procurator del actor, el del demandado no puede ser compelido por el magistrado para que defienda a la parte por la que interviene, sino que en tal caso debe pagar lo prometido por su estipulación. Sobre este punto se suscitó una discusión en Sabinianos y Proculeyanos. Los primeros sostenían siguiendo a Sabino que en ningún caso podía exigirse al procurator del demandado que recibiera el juicio, sino que perdía lo prometido por estipulación, salvo que existiera alguna justa causa que explicara su conducta, Labeon en cambio no aceptó criterio tan absoluto, y admitió que pudiera constreñirse al procurator a intervenir en el juicio, cuando por el transcurso del tiempo, por ejemplo, el actor podía sufrir la pérdida de su derecho; pero si la causa de la negativa residía en que había surgido enemistad, o había desaparecido la amistad que lo unía con el defendido ausente, o su patrimonio era poseído por sus acreedores, o si debía ausentarse por causa justificada, en tal caso desaparecía el deber de defender al ausente.

En cambio si el procurator ha sido designado por el mandante estando este presente, y dando por el procurador la satisfación de pagar la cosa juzgada, el Pretor dispuso que compelería mediante su imperio al defensor a asumir la defensa, salvo que tuviera una justa causa como excusa, la que debía ser apreciada por el magistrado.

Antes de la traba de la litis contestatio el dueño del pleito puede, aún sin causa, y salvo que se trate de un procurator in rem suam, dejar sin efecto el nombramiento, actuar él o designar a otro en reemplazo del procurador nombrado. Mas una vez que se produjo la litis contestatio, no puede hacer tal cosa, salvo que exista una causa justificada que tendrá que valorar y admitir el magistrado o el promagistrado, oyendo a la otra parte. El procurator en principio no puede excusarse, a menos que exista una causal reconocida por el derecho, ni puede tam

poco contradecir la que alegue su mandante, a no ser que pueda ocasionar perjuicio a su honor, en cuyo caso se considera que debe oírselo pues mas que persistir en el mandato conferido, trata de dejar indemne su estima. Las causales pueden ser: amistad con la otra parte, enemistad con su cliente, parentesco, sociedad, o cualquier otro interés relevante con el adversario, como si resulta su heredero, etc.

Trabada la litis el procurator se hace dueño de la misma, y no cesa en su desempeño por muerte, incapacidad, etc. de su mandante; a su vez la sentencia recaerá a favor o en contra del procurator, sin perjuicio de que con el tiempo, a los efectos de evitar tales consecuencias, el pretor acordó acciones útiles contra o a favor del mandante, excluyendo que se dirigiera la acción de cosa juzgada contra el procurador o que este la ejerciera mediante el otorgamiento de las respectivas excepciones.

Para recuperar los gastos que haya hecho el procurator tiene contra el mandante la acción de mandato contraria; por ella puede pedir se le indemnicen los perjuicios que ha sufrido. El dueño del negocio tiene a su vez contra el procurator para que le restituya lo que en virtud del pleito haya recibido, y le resarza los daños ocasionados, la acción de mandato directa que acarrea la infamia.

231o.) Jurisdicción, Imperio y Competencia.- Pothier nos enseña que la jurisdicción propiamente dicha, es la "notio" que por derecho compete al magistrado, y consiste en discernir y dar jueces. Gluck lib. II, tit. 1, trad. ital., p.3, define la jurisdicción en sentido estricto como el poder que corresponde a un magistrado, en virtud de su oficio (iure magistratus), de examinar y resolver conforme a las leyes las controversias jurídicas de los ciudadanos, o bien de asignar un juez a las partes, si en la decisión de una controversia se hace necesario investigar además la verdad de las circunstancias particulares del hecho. Como consecuencia de ello solamente los magistrados tienen jurisdicción, por lo que desconoció el derecho romano la llamada jurisdicción hereditaria o patrimonial que pertenecía a familias determinadas, conforme a las costumbres del derecho germánico y feudal. Además sólo podría hablarse de "iurisdictio" en los pleitos privados, pues ya en

tiempos de la República, las causas criminales en que estaba directamente interesado el Estado recibieron el nombre de "quaestiones".

En el concepto de "iurisdictio" se incluyó también la decisión que el pretor o el promagistrado podían dar al litigio, ampliándose así su primitivo contenido. Antes de que se extendiera en tal forma el significado de la jurisdicción, consistía esta en "el discurso del magistrado que fijaba el objeto de la controversia entre las partes", poniendo así el fundamento del "iudicium": nota de G. de Marinis, en la obra de Gluck, op. cit. lib. II, t.1, nota a), p.5. Consideróse por fin que la resolución de la litis por el magistrado era también acto jurisdiccional, con lo que se extendió la esfera de acción de la jurisdicción a la cognitio extra ordinem.

Se solía llamar también "iurisdictio" la potestad del magistrado de publicar edictos, con los cuales podía establecerse un derecho nuevo, aún en contra de lo estatuído por el derecho civil. Desde luego que esto no quiere decir, como ya hemos explicado, que el referido magistrado tuviera la potestad de legislar, sino que podía crear situaciones de hecho tuteladas por su imperio, paralelas y muchas veces en contradicción con las instituciones jurídicas reguladas por el ius civile.

Del ámbito de la verdadera jurisdicción estaba excluído también lo concerniente a la ejecución de la decisión judicial, por cuanto sólo podía esta llevarse a cabo mediante un acto de imperio del magistrado o del promagistrado competente.

Durante el Imperio los funcionarios de menor jerarquía, a los que se solía delegar el conocimiento de ciertas causas, tenían la "iurisdictio" pero no el imperio, no obstante lo cual se consideró necesario darles cierto poder ejecutivo a los efectos de que su autoridad no se transformara en algo puramente teórico. De ahí que en la ley 5,71, del libro 1, tit. 21 del Digesto se diga que habiéndose delegado la jurisdicción, ha de entenderse que se ha conferido también el "imperio", que no es "mero", pues es nula la "iurisdictio" que no va acompañada de una módica coercición. La "coercitio" no era sino la coacción y la potestad de ordenar algo y de ejecutarlo. Esa potestad ejecutiva que

se confirió a los magistrados menores se refería a lo concerniente para poner en función sus sentencias, excluyendo los medios que importaban aplicar penas corporales y capitales. De todos modos este sistema no pertenece nada mas que al Bajo Imperio, cuando la autoridad estatal tuvo la suficiente fuerza para imponer, sin ficciones, las sentencias dictadas por sus jueces.

Pero durante las etapas precedentes el último acto de la jurisdicción era la sentencia.

Es interesante señalar que si el magistrado en lugar de nombrar un "iudex" o de enviar a las partes ante los centumviros, designaba "recuperatores", este acto se consideraba como proveniente del "imperium" y no de la jurisdicción. Así lo dice Gaio en sus Instituciones, lib. IV, & 105, y lo mismo sucedía si el "iudex", o una o ambas partes eran extranjeros (peregrini). Otra prueba de lo que antecede la hallamos en la circunstancia de que en el Edicto del Pretor la nómina de recuperatores figuraba en la parte concerniente al "imperio" y no a la jurisdicción. La circunstancia de que por la ley Rubria se confiera igual poder a los magistrados de las colonias, no es argumento en contra porque en esa época los referidos funcionarios tenían también el "imperium", el que perdieron posteriormente y en forma definitiva durante el Bajo Imperio. Dice De Marinis que resulta notable que la ley Mamilia, que versaba también sobre las colonias, no concediera a los magistrados municipales la facultad de nombrar "recuperatores", op. cit. nota c), ps. 7 y 8.

Lo que precede nos indica que durante mucho tiempo la facultad de designar un "iudex" se consideró como ejercicio de la jurisdicción siempre y cuando se tratara de un juicio legítimo, de manera que la organización de un debate entre peregrinos, o con un juez peregrino, o cuando no se nombraba un juez conforme con las reglas del derecho civil, o cuando la intentio de la fórmula no se fundaba sobre ese derecho, reposaba sobre el imperio del magistrado o del promagistrado.

Debe distinguirse igualmente la "iurisdictio" de la legis actio o del acto legítimo que podía realizarse ante los magistrados, pero que no tenía por finalidad solucionar un pleito entre los particulares, como

era la dación de un tutor, o de un curador, la emancipación, la manumisión, la adopción, los que podía llevar a cabo el pretor no en virtud de su propia magistratura, sino de una ley, de un senadoconsulto, o de una constitución imperial que le confirieran tales facultades. Con lo que cabe señalar otra diferencia, consistente en que mientras la "iurisdictio" en virtud de ser inherente a la magistratura podía delegarse, los actos del imperio que podían llevarse a cabo por disposición legal (en sentido lato) no eran susceptibles de conferirse a tercera persona por mandato.

Así se explica que hubiera magistrados que tenían "iurisdictio" y no en cambio el poder de celebrar los actos legítimos antes mencionados, como los ediles curules, de los que no se sabe que pudieran manumitir, emancipar o autorizar adopciones; y mientras el gobernador de provincia tenía facultad para realizar estos últimos actos apenas salido de Roma, no podía ejercer jurisdicción sino en cuanto hubiera llegado a la provincia que por mandato le estaba destinada.

Surge así con evidencia que el oficio del que juzga es mas amplio que el concepto propio de la "jurisdicción" por cuanto comprende otros actos que no constituyen el ejercicio de aquella. Las estipulaciones pretorianas, por ejemplo, tampoco eran consecuencia de la "iurisdictio", sino que derivaban del imperio.

Las causas criminales estaban excluídas de la jurisdicción porque suponían el mero imperium, esto es el derecho de castigar con la espada, el que solo podía ejercitarlo el magistrado por expresa disposición legal (en sentido lato); luego sino existía una ley, una constitución o un senadoconsulto que otorgara tal potestad, el magistrado no podía ejercerla invocando para ello su propia jurisdicción.

No obstante la claridad de los conceptos enunciados, también hallamos en las fuentes una acepción muy lata de la expresión "iurisdictio", referida a todo el poder que el magistrado o el promagistrado tienen, tanto en virtud de su oficio como por concesión de ley, senadoconsulto o constitución imperial. Dar la posesión del patrimonio (bonorum possessio), poner en posesión de los bienes (in possessionem mitte

re) se incluyen junto con la designación de tutores, etc. en el oficio del magistrado pero son actos de imperio. La natural transformación que experimentó el concepto de la jurisdicción determinó que se incluyera en ella la missio in possessionem como ocurre en D. 39, 2, 4 y 3; D. 3, 1, 1, y 10 y C. 2, 46, ley últ., no obstante que en D. 50, 1, 26, expresamente se dice que es un acto correspondiente al imperio. Por igual proceso se empezó a llamar actos de jurisdicción voluntaria a los antiguos actos legítimos, como la designación de tutores y curadores, las manumisiones, las emancipaciones y las adopciones. Por eso en D. 1, 16, 2 y 3, leemos que los procónsules tienen, en cuanto han salido de la urbe, la jurisdicción voluntaria pero no la contenciosa. En D. 1, 2, 15, 8 pr. y 18 se llama acto de jurisdicción voluntaria la homologación por el magistrado de un convenio sobre alimentos, y la dación de tutor se considera acto jurisdiccional en D. 3, 1, 3 y en D. 46, 7, 3 y 5; en igual sentido y con respecto a los tutores: C. 5, 29, 3.

Puede haber contribuído a esa amplitud de la jurisdicción, como señala Gluck, op. cit. lib. 2, tit. 1, p. 13, la circunstancia de que el mismo magistrado encargado de los actos jurisdiccionales tuviera tambien a su cargo los del imperio, terminándose por confundirlos. De Martinis, op. cit. nota a), p. 14, cree en cambio que esa explicación no es satisfactoria por cuanto múltiples funciones tenía además de esas el magistrado y a ellas nunca se las consideró jurisdiccionales, por lo que supone que la extensión de la jurisdicción a los actos de imperio se debió a que al caer en olvido el primitivo significado de aquella: establecer el derecho que debía regular y decidir el debate entre las partes, se consideró como tal cualquier aplicación que distinguiera con el nombre de jurisdicción criminal la potestad de punir que tenían los órganos del Estado.

Cabe distinguir de la "iurisdictio" el concepto de "notio", el que parece más amplio que el de aquella. Ulpiano en D. 42, 1, 5 pr., afirma que el nombre de "notio" pertenece a los que no tienen jurisdicción, aunque tienen de alguna causa el conocimiento. Se aplicaba en consecuencia la "notio" a los magistrados imperiales que carecían de jurisdicción, por cuanto esta correspondía a los magistrados de la Repúbli

ca, y constituía, como hemos dicho, algo ínsito a la magistratura, sin que fuera necesaria concesión alguna al respecto. Los funcionarios imperiales, en cambio, recibían del príncipe y por delegación las facultades para instruir y decidir una controversia, razón por la cual los actos que realizaban no podían ser similares a los que efectuaban los magistrados republicanos, y con tal motivo y para señalar esa diferencia, apareció el vocablo "notio".

Señala De Marinis que el citado pasaje de Ulpiano se refería a una cognitio extraordinaria que no podía terminar con una verdadera sentencia, razón por la cual no podía ejecutarse con la actio iudicati sino con la "actio pro iudicati", apareciendo así un "ius cognoscendi" distinto al de la jurisdicción que facultaba al magistrado para "pronunciar o estatuir" sobre la litis,

La "notio" fue además cualquier cognición y decisión judicial de una controversia jurídica, tanto civil como criminal: Gluck, op. cit. p. 18. En tal sentido el "iudex" que el magistrado designaga en la fórmula tenía "notio" y no "iuresdictio", por cuanto recibía por delegación la potestad de instruir y resolver la contienda que separaba a las partes. Podría igualmente sostenerse la medida que el funcionario no había sido elegido por el pueblo romano, y sí por el emperador carecía de "iurisdictio", la que era entonces reemplazada por la "notio." En tal sentido se pronunciaría un fragmento de Hermogeniano: D. 1, 18 10, cuando hace mención del prefecto de la ciudad, del prefecto del pretorio y de los correctores de provincias, sin perjuicio de que al incluir a los cónsules y a los pretores lo hiciera sobre la base de que en su tiempo, Bajo Imperio, naturalmente se habían estos convertido en delegados del emperador. Por fin, la "notio" fue la jurisdicción en los casos en que esta existía, o la "cognitio", cuando el juez carecía de la potestad antedicha, Ulpiano D. 50, 16, 99 pr.

"Imperium" y "iurisdictio" son conceptos distintos no obstante que Noodt y Wesenberg hayan sostenido que solo mediaban entre ellos diferencias de nombre; y son diferentes atento a que sólo en virtud del primero podía ejecutarse la decisión o sentencia que el "iudex" había dictado. La distinción se acentuó sin embargo cuando con las leyes Ju-

lias Judiciarias se restringió la competencia de losmagistrados municipales, privándolos de muchos de los atributos que antes de ellas tenían y que se consideraron incluídos dentro del "imperium". No se llevó la separación al extremo de privar de cualquier coercición a dichos funcionarios, pero quedó limitada a una módica facultad de imponer multas o castigos d leves. Conservarán no obstante la facultad de decretar la missio in possessionem "ex primo decreto", y de arrestar y poner vigilancia a los esclavos fugitivos; en los procesos criminales actuaron como órganos auxiliares de los magistrados mayores. Tratándose de estos últimos poca importancia tenía, en cambio, distinguir entre "iuris dictio" e "imperium", por cuanto poseían ambas potestades, aunque se impusiera la diferencia en virtud del diferente origen: la magistratura para una, y la ley (en sentido lato) para el otro.

"Imperium" dice Gluck, op. cit. lib. 2, tit. 1, p. 22 es el poder director y ejecutivo de un magistrado superior, en virtud del cual a tal magistrado le era dado, en los límites de su oficio, no solo mandar y prohibir, sino también adoptar los medios coercitivos contra los desobedientes y castigar a los delincuentes. En la práctica se traducía ello por el hecho de que los referidos magistrados superiores contaban con adláteres, los lictores, encargados de hacer efectivos los castigos que ordenaban y de recluir en prisión a los remisos. Los magistrados inferiores en cambio solo tenían la facultad de aprehender al infractor, y sus auxiliares se llamaban "viatores".

Los magistrados superiores gozaban de la "vocatio", o sea del derecho de citar y de aprehender a los ausentes; la " prehensio" era el derecho de hacer llevar ante sí a los presentes. Los que tenían la "vocatio" contaban con lictores, con viatores y esclavos públicos para imponer sus decisiones; los que solo tenían "prehensio", como los tribunos de la plebe, eran secundados por viatores o esclavos públicos ; en cambio los cuestores que carecían de vocatio,de prehensio, solo podían llevar esclavos públicos para que los ayudaran en su cometido; se decía por eso que no tenían "imperium" sino "potestas": ver Heineccio Syntagma de las antigüedades romanas, etc., en latín, Ginegra 1747, lib. IV, tit. 6, y 5, ps. 519 y 520.

Ulpiano en D.2, 1, 3, clasifica el imperio en "merum" y "mixtum", y dice que el imperio mero consiste en tener la potestad de la espada para corregir a los hombres facinerosos, el que también se llama "potestas". Mixto es el imperio, al cuál se une la jurisdicción, que consiste en dar la posesión de los patrimonios. Algunos jurisconsultos han entendido que el imperio mero constituye la jurisdicción criminal, y el mixto el derecho que tiene el magistrado de hacer ejecutar sus decisiones. Otros en cambio rechazan ese criterio y consideran que el castigo de los delincuentes no era sino uno de los elementos del imperio mero, y la ejecución de las sentencias de los jueces civiles, uno de los elementos del imperio mixto. El texto de Ulpiano ha sido objeto de muchas interpretaciones; así la expresión "haberse gladii potestatem" (tener la potestad de la espada) es entendida por Albrecht, primero como potestad dada, concedida por la ley, senadoconsulto o constitución imperial, para lo cuál se funda en otro texto de Ulpiano en D.1, 16, 6 pr. dónde expresamente se refiere a la referida potestad como "dada", segundo, como una expresión simbólica que significaba la investidura que el príncipe otorgaba a su delegado. Y aduce el mismo autor que los juristas romanos empezaron a hablar del "imperio mixto" cuando fué necesario distinguir la jurisdicción de los magistrados superiores de la de los magistrados municipales, con lo que vendría a ser el "imperium mixtum" el equivalente de la "iurisdictio" de los referidos magistrados mayores.

De todos modos es cierto que el "imperio mero" en virtud de ser concedido por ley no podía ser delegado por el magistrado, en tanto que el "mixto" que era inherente a la magistratura y lo ejercía aquél por su propio derecho, era factible de ser conferido a un tercero a quién el titular encomendara la instrucción y conocimiento de una causa.

La espada era símbolo de poder y con la concesión de la misma se otorgaban los atributos de la función estatal, al punto que por el acto contrario, esto es mediante la privación de la referida arma, se producía la destitución.

En el imperio mixto entraba todo lo concerniente a la toma de

posesión del patrimonio, la ejecución de las cauciones, las estipulaciones pretorianas, los interdictos y el cumplimiento de las sentencias dictadas por el mismo magistrado que las ejecutaba o por otro distinto, la aplicación de penas menores, etc., Gluck, op.cit.lib.2, tit.1, p.27.

Al "imperio mero" correspondía el conocimiento y aplicación de penas criminales, y entre ellas la pena de muerte. Los tribunales encargados de instruir y decidir esas causas se llamaban "quaestiones" y eran presididos por jueces especiales (iudices quaestionis", quiénes tenían a su cargo todo lo concerniente a la investigación y decisión del crimen o delito que se perseguía en virtud de la delegación que recibían del magistrado, sin perjuicio de que este pudiera por sí mismo realizar ante su tribunal todos esos actos y decidir finalmente sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

La ejecución de la sentencia criminal dictada la llevaban a cabo los triunviros capitales, los que sin embargo no estaban dotados del imperio, ya que éste consistía en dictar la decisión que imponía la pena criminal, mas no en darle cumplimiento.

Es de notarse además que como el imperio se obtiene en virtud de una ley (en sentido lato), sólo en la medida en que aquélla lo haya concedido podrá ejercitarlo el magistrado, de ahí que no puede argumentarse que si se lo dotó de la potestad de aplicar una pena capital, pueda también hacerlo con penas menores. Había en cada caso que atenerse a las disposiciones que regulaban el ejercicio del mismo con respecto al magistrado que se considerara. De ahí que mientras los prefectos para la ciudad y del pretorio pueden confiscar bienes y condenar a la pena de deportación, los gobernadores de provincias no podían hacer lo sin concesión especial del emperador.

Diferia igualmente el imperio de los pretores del de los prefectos para la ciudad o del pretorio, ya que mientras estos podían al aplicar la pena apartarse de la ley, ya sea para disminuirla o aumentarla, aquéllos debían atenerse estrictamente a las disposiciones establecidas por el derecho objetivo, sin que ello significara que los prefectos no tuvieran límites al condenar, pero sí que podían moverse dentro de un mí

nimo y de un máximo de penalidad, cosa que estaba vedada a los pretores.

Tres son los elementos fundamentales que encontramos en la jurisdicción: 1o) el conocimiento de una controversia jurídica; 2o) la decisión de la misma; 3o) su ejecución. Los magistrados romanos tuvieron en las dos primeras fases del procedimiento (legis actiones y formulas) intervención en el conocimiento de la causa, pero no podían decidirla salvo que obraran "extra ordinem", lo que tendría lugar no a discreción sino en determinados supuestos y como algo excepcional. Lo que significa que en los supuestos comunes el magistrado no podía elegir entre el régimen de la instancia "in iure" e "in iudicio" o la cognitio extraordinaria.

Surgiría aparentemente lo contrario de un fragmento de Juliano D.1, 18, 8, quién dice que "a nuestro César con frecuencia le oyó repetir este rescripto: que cualquiera puede presentarse ante el gobernador de la provincia aunque no ha de imponerse al legado o al procónsul o al presidente, la necesidad de que asuma personalmente el conocimiento de la controversia, sino que debe estimar si ha de instruirla él mismo o dedicarla a un juez". Como enseña De Marinis, op.cit. nota b) p.49, llama en primer término la atención que el jurista diga que se trataba de un rescripto, por cuanto el príncipe no acostumbraba por ésa vía a resolver cuestiones de procedimiento de magistrados que tenían jurisdicción ordinaria.

Lo que debe haber sucedido es que en provincias no debía mantenerse con tenaz distinción la división del proceso en dos etapas, "in iure", e "in iudicium", como que era una importación romana, por lo que cabe la posibilidad de que se dejara de lado alguna vez; así se explica también que se abandonara en ellas antes que en Roma, y que ya en el año 292 de nuestra era el Procónsul de Africa conociera personalmente y decidiera igualmente los litigios.

Pero en Roma y en territorio sujeto a este derecho no podía depender del arbitrio del magistrado que se instruyera un proceso por la acción ó mediante la "cognitio extra ordinem".

Es indudable que tanto los centumviros, como los decenviros y los jueces sólo tenían "notio" pero no "iurisdictio", que como hemos ya dicho pertenecía únicamente a los magistrados romanos: Gluck, op. cit. lib. 2, tit. 1, p. 54. Tal diferencia determina que mientras un padre no podía como magistrado instruir la causa en que era parte el hijo, y viceversa, en cambio era factible que actuara como juez, por cuanto para la designación de este se necesitaba el consentimiento de ambas partes y en cambio no ocurría lo mismo con respecto al pretor o al gobernador de provincia.

Aparte de ello podía objetarse que desde el punto de vista del derecho, padre e hijo constituían una sola persona, mas Paulo: D. 5, 1, 78 nos dice que la carga de juez era un "munus publicum", esto es que pertenecía al derecho público, dónde la patria potestad no se tenía en cuenta.

Es Africano que en el fragmento 77 del citado libro y título del Digesto, señala que en los negocios privados, el pater y el hijo pueden ser jueces en causa que concierna a uno de ellos. Martucci pretendió que debía limitarse la norma a los casos de jurisdicción voluntaria pero la opinión del citado autor es falsa porque el "iudex" no podía realizar actos como las adopciones, manumisiones, emancipaciones: ver Lic., op. cit. lib. II, tit. I p. 56. Su argumento se basa sobre las palabras de Africano, "negocios privados", mas ello puede significar como lo advirtió Averanio que se referían a controversias entre particulares. Hay numerosos textos del Digesto que emplean la palabra "negocio" para indicar la litis, la controversia, el pleito.

La diferencia entre magistrado y juez desapareció con la ya varias veces mencionada constitución de Diocleciano que dispuso que los presidentes de provincia conocieran, en lo posible, directamente en las causas, no pudiendo delegar en jueces pedáneos la instrucción y decisión de las contiendas sometidas a su conocimiento, salvo que por exceso de trabajo no pudieran conocerlas, en cuyo caso permitió la delegación. Exceptuóse sin embargo la litis sobre la libertad que siempre debía ser resuelta por el gobernador, o por los magistrados de la Ciudad de Roma o de Constantinopla.

El emperador Juliano en rescripto dirigido a Secundo, prefecto del pretorio, dispuso que los gobernadores pudieran remitir a los jueces pedáneos la decisión de los litigios de poca importancia, C.3, 3, 5, pero Justiniano abolió tal norma porque en sus Instituciones, lib.IV, 15, párr.últ.dice que todos los juicios son extraordinarios. No obstante ello el referido emperador, en su Novela 82, hace mención de los jueces pedáneos, pero estos eran distintos de los que había conocido la época post clásica, y sus funciones se limitaban a averiguar determinados hechos o a fijar ciertas normas de derecho: ver Gluck, op.cit.lib.2, tit.1o. p.57, nota 13.

Sin embargo todas esas normas no se referían a los jueces del tiempo del procedimiento formulario, sino a los jueces dados del imperio, y es sabido que los funcionarios del emperador que debían conocer extra ordinem una causa, podían delegar en otras personas la instrucción y decisión de la misma razón por la cuál observa con todo fundamento De Marinis, op.cit.nota A) ps.57 y 58, que nada tenía de incompatible la constitución de Juliano con el régimen imperante en la época del emperador Justiniano.

A la distinción que hace Gluck entre jurisdicción contenciosa y actos legítimos, opone De Marinis reparos en la nota a), de ps.74 y 75 del lib.2, tit.1, del Comentarios a las Pandectas del autor alemán. En seña el jurista italiano que no puede afirmarse que los actos legítimos no pertenecieran a la jurisdicción propiamente dicha, aunque se justifique que se comenzara a distinguirlos porque a fines del Imperio se privó a los magistrados muhicipales el conocimiento de los mismos, salvo que se les concediera por disposición especial. No obstante lo cuál si bien no podían realizar adopciones, manumisiones y emancipaciones, podían transcribir en el protocolo actos privados, con lo cuál no hacían otra cosa que actos de jurisdicción voluntaria.

Verdad es que suele arguirse a los efectos de demostrar la diferencia que existía entre aquélla y la jurisdicción contenciosa, el hecho de que el procónsul o gobernador de provincia no pudiera ejercitar esta última sino en tanto en cuanto se había hecho cargo de sus funciones, mientras que la primera podía ya ejercerla una vez salido de Roma

Pero no se trata de una distinción que se funde en consideración teó - ricas sino prácticas, porque por la misma naturaleza de las cosas le era imposible conocer controversias judiciales antes de substituir al magistrado que reemplazaba, y sí le era factible homologar actos de jurisdicción voluntaria, como ocurría en la misma Roma en que no era preciso que el magistrado estuviera en su tribunal para poder convalidar una emancipación, una adopción o una manumisión. Además y como nos sigue enseñando De Marinis, nota a), p.76, op.cit., se trataba de actos que no necesitaban maduro exámen como en cambio ocurría con los - pleitos.

Entre los actos de la jurisdicción voluntaria se contaba la insinuación del testamento ante el magistrado, que en Roma debía hacerse en la oficina del "magister census", y en provincias en la del presidente o en la del defensor de la ciudad; ningún otro magistrado podía recibir tales actos, fuera de aquéllos que tenían que ver con los impuestos: Gluck, op.cit. lib.2, tit.1, nota 7, ps.81 y 82.

Habría empero una serie de diferencias entre la jurisdicción - voluntaria y la contenciosa, que justificaría un lugar aparte para la - voluntaria, como las siguientes: 1o) el magistrado puede celebrar los - actos de ésta última fuera aún del lugar asignado para su competencia Se discute sin embargo esta afirmación sobre la base de que las disposiciones que hallamos en las fuentes con respecto a los Procónsules tenían carácter excepcional y hasta de privilegio. 2o) Se dice además - que tales actos podían realizarse en días fastos o nefastos, en días de - trabajo o feriados. Se objeta que si bien era así en ciertos actos de jurisdicción voluntaria, como las manumisiones y las emancipaciones, no se aplicaba a los demás que no eran contemplados con tanto favor por la ley. 3o) Finalmente se quiere encontrar otro distingo en el hecho - de que el magistrado en los actos de jurisdicción voluntaria puede proteger un interés propio, lo que le está vedado en los de la jurisdicción contenciosa; pero aún así si bien puede manumitir, emancipar o adoptar por sí mismo, o insinuar ante su tribunal, su propio testamento, no - podrá empero efectuar aquéllos actos que aunque pertenecientes a la - llamada "iurisdictio voluntaria", afectan en cambio intereses patrimo -

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

niales, por lo que no podría el magistrado constituir una prenda a su favor y en perjuicio de sus deudores.

Una ulterior distinción de la jurisdicción se hace fincar en que recaiga sobre causas civiles o sobre causas criminales, para clasificarla en jurisdicción civil y criminal.

Los juristas romanos diferenciaron los casos en que había que actuar una relación jurídica o decidir una controversia entre particulares, de aquéllos en que había que investigar la comisión de un crimen o delito y aplicar una pena, aunque el distingo no fué tan categórico por que hubo delitos, los privados, que se persiguieron con el sistema de las acciones civiles, no obstante que durante el Imperio también se hizo extensivo a ellos, concurriendo en forma paralela con la privada, la tutela extraordinaria.

Conforme al derecho romano causas civiles eran aquéllas en que se procuraba decidir una controversia entre particulares surgida de un acto lícito o ilícito y aún de un delito si se perseguía la reparación del daño ocasionado o de una pena pecuniaria. De considerarse los actos legítimos como de jurisdicción voluntaria debe incluírseles dentro de dicho concepto, con lo que se exceptuarían las causas criminales y por oposición a estas se hablaría de las civiles; sin perjuicio de señalar que las controversias administrativas, en las que el Estado era parte merecían también lugar aparte ya que no podían resolverse por el sistema de los juicios comunes.

Otra importante clasificación que apareció sobre todo con el cristianismo y con la recepción de esta religión por el Imperio romano, pero que no era extraña a los tiempos anteriores, consiste en la de causas seculares y eclesiásticas. Desde luego que la regulación interna de la Iglesia, en cuanto concierne a los dogmas y a las relaciones del hombre con la Divinidad, deben pertenecer exclusivamente al fuero religioso, pero el problema se plantea cuando interfiere dicha normación con la de los civiles, y se agudiza en los casos en que se trata de determinar qué tribunales, si los laicos o los eclesiásticos, son los que deben decidir la controversia que pueda haberse suscitado.

Desde Constantino se permitió a los que pertenecían al credo nuevo que se organizaran en corporaciones eclesiásticas y se les concedió una Audiencia episcopal para que resolvieran sus diferendos. Dicha "audiencia" no tenía "imperium" porque no integraba el cuadro de magistrados y funcionarios del Estado, pero se empezó a diferenciar entre causas seculares y religiosas; en éstas últimas adquirió dicho organismo una prevalencia evidente, mientras que en las primeras tuvo el principio un carácter puramente arbitral, reconociéndose simplemente las decisiones dictadas por los obispos en las controversias que los cristianos sometieran de grado a su resolución.

Durante Valentiniano I se dispuso que los obispos fueran jueces ordinarios en lo relativo al dogma y a la discriplina eclesiástica, pudiendo apelarse de sus sentencias. Arcadio y Honorio establecieron que en tales materias era oportuno que juzgaran los sacerdotes, pero que en las seculares debía estarse a la decisión de las leyes. Fué Justiniano el que extendió la competencia de la Audiencia episcopal a las causas civiles de los clérigos, permitiendo que estos fueran citados ante el tribunal del obispo, y la creación de prisiones religiosas que se llamaron "decanica" o "diaconica". No hay que olvidar, como señala Gluck, op. cit p. 108 y nota 3, que ese emperador confirió a los obispos una función de vigilancia sobre los magistrados seculares para la mejor observancia de las leyes.

Se suele diferenciar también la jurisdicción en competente y prorrogada, entendiendo por la primera la que corresponde, conforme a las leyes, sobre las cosas y las personas, y la segunda, la que, aunque ordinariamente no pertenecería en razón de los sujetos, se ha extendido por convención.

La jurisdicción tiene sus límites que son los que constituyen la competencia del magistrado, y los cuáles han sido establecidos por el Estado en virtud de motivos superiores que escapan, por lo general, a la libre disposición de los particulares, no obstante, lo cuál se admiten excepciones que justifican una extensión de las facultades de un magistrado a personas que por el domicilio o por cualquier otra razón no podían ser citados ante su tribunal.

Mientras con las acciones de la Ley (legis actiones), la competencia fué un problema sencillo porque aquéllos sólo podían llevarse a cabo en territorio romano y entre ciudadanos, con el procedimiento formulario se complicó en extremo atento a que había que atender también los conflictos suscitados en las provincias, y aún, según las circunstancias, los producidos dentro de cada municipio libre.

La competencia del Pretor urbano estuvo delimitada: a) por las personas; le correspondía en principio conocer en las causas originadas entre ciudadanos, sin que ello significara que no pudiera hacerlo aún en la de los extranjeros entre sí y la de estos con ciudadanos, del mismo modo que podían actuar estos últimos con las acciones de la ley ante el tribunal del pretor peregrino. b) Por el territorio: los magistrados no podían ejercer su cometido sino en territorio sujeto al derecho romano, de modo que al principio la acción de la pretura se circunscribió a Roma y sus aledaños (1 milla); más tarde comprendió otros lugares dentro de Italia hasta dónde podía llegar la actuación del pretor urbano, personalmente o por medio de delegados (praefecti iuri dicundo); c) Por la materia caían bajo su conocimiento las causas reguladas por el derecho romano, ya sea en su forma de "ius civile" o en la de "ius gentium"; d) Por la función, pues mientras la mayoría de los pleitos podían instruirse y decidirse ante el "iudex" o los árbitros que daba el magistrado, algunos como las cuestiones de libertad, propiedad y herencia o estado debían someterse a los centumviros o los dumviros.

El gobernador de provincia conocía las controversias suscitadas entre los ciudadanos romanos de diferentes colonias romanas situadas en su territorio, entre los municipales de distintos municipios existentes también dentro de la provincia, o entre estos y aquéllos, o entre todos éstos y los habitantes de las prefecturas, los oppida, y todas las unidades menores que encontramos en tierra provincial.

Los magistrados municipales de los municipios libres resolvían los pleitos entre sus ciudadanos y los domiciliados y a veces entre los que estaban de paso en la ciudad. Los dediticios en cambio estaban sometidos al tribunal del gobernador. El mismo sistema imperaba con respecto

a las colonias latinas y romanas que se regían por sus propias institucio nes las primeras, y por las del derecho de Roma, las segundas, en tanto que los municipios lo hacían por sus particulares normas.

En Roma no cabía aplicar otro derecho que el de la misma ciu dad fuera civil o de gentes, en provincias en cambio podía decidirse u na cuestión por el derecho municipal, el romano, el latino, o el estable cido en los edictos del gobernador.

Tan complejo sistema hace dificultosa una sistematización cla ra y breve de las reglas concernientes a la competencia. Trataremos em pero de dar una noción de la manera más concisa posible. Comencemos por señalar que la competencia determina los límites dentro de los cua les el magistrado puede ejercer su jurisdicción.

Constituye en consecuencia la competencia un presupuesto - procesal que debe darse a los efectos de la validez de un proceso de - terminado, por lo que se impone en cada caso concreto averiguar si e- fectivamente se reúnen todos los requisitos que las reglas sobre el pun to señalan.

Cabe al efecto señalar que con respecto a las personas pode - mos sentar los siguientes principios: 1o) los litigios entre los habitantes de un mismo municipio los resuelven los magistrados locales. Lo mismo ocurría como ya se ha dicho tratándose de los componentes de una co- lonia latina o romana; 2o) entre los habitantes de un municipio, y los - de otro, o los de una colonia, siempre dentro de la misma provincia, sur ge la competencia del gobernador provincial. Si un griego ciudadano - de un municipio libre tenía que demandar a un latino de una colonia- situada en la misma provincia dónde estaba domiciliado aquél, corres- pondía al gobernador la solución del litigio; 3o) En Roma, intervenían siempre los magistrados de la ciudad.

Cuando se concedió a todos los habitantes libres del Imperio - la ciudadanía romana, pudieron los que a su vez tenían otra ciudada - nía llegar las causas ante los tribunales de sus propias ciudades o an- tes las del gobernador de la provincia a la que pertenecían o ante los magistrados de Roma.

rico ó ilícito se hubiera cometido fuera de la Ciudad del Tíber, en cualquier parte del Imperio.

Por los hechos ilícitos surgía la competencia del lugar de su comisión, y si eran delitos también por el del lugar dónde los infractores o criminales eran aprehendidos.

La hereditas yacente no podía tener domicilio, de ahí que el fuero para demandarla estuviera dado por el lugar dónde existía la mayor parte de los bienes, sin que pudiera considerarse como tal aquél, dónde por la existencia de un pasivo menor resultara mayor el activo, ya que las obligaciones pesaban indistintamente sobre todo el haber hereditario. Esto quiere decir que si en una provincia había bienes por valor de 1.000 pero un número tal de deudas que lo reducían a 10, por ejemplo, no podía invocarse esa circunstancia por los legatarios de otra provincia, dónde los bienes de la herencia tuvieran un valor neto de 50. Tenían que ir a demandar al sitio dónde estaban los efectos que importaban en mayor valor, con prescindencia de las deudas, con lo cuál se veían obligados a concurrir con los acreedores que tenían allí su domicilio.

Los fideicomisarios y los legatarios tenían que accionar conforme a la anterior regla, salvo excepciones como en el caso del legado de alimentos dejado a una persona domiciliada en otro lugar, cuando en este existieran bienes suficientes para sufragarlos, o bien si se dejaban cosas en el testamento a favor de personas de la clase senatorial, o ilustre.

Si el heredero adió la herencia puede ser demandado por las obligaciones o responsabilidades contraídas por el difunto en los mismos lugares en que pudo demandársele a su causante, sin que pueda invocar su propio fuero.

La mujer debe demandar al marido la restitución de la dote en el domicilio de aquél y no en el lugar dónde se suscribieron los pactos dotales.

Las referidas reglas de competencia se alteran: 1o) en virtud de privilegios personales; 2o) por atracción del fuero; 3o) por consentimien

to de las partes. Pertenecen a la primera categoría la excepción concedida a los senadores y a los legados, los que demandados en el lugar dónde accidentalmente se encontraran aunque fuera el del contrato celebrado antes de entrar en funciones, o se tratara de la ciudad de Roma (para los legados), podían oponerse invocando el fuero de su domicilio ius revocandi domus. La prerrogativa no comprendía los actos ilícitos, ni tampoco tenía lugar si allí demandaban los mismos beneficiados, en cuyo caso podían ser reconvenidos, esto es contrademandados en el mismo juicio.

No podía accionarse contra ellos por la cautio de damni infecti pero sino la prestaban se exponían a que el magistrado diere a la otra parte la posesión del inmueble o de la cosa que amenazaba el daño.

Tampoco era factible accionar contra esas personas por los lucros de la herencia, aunque la hubieran adido en el lugar dónde accidentalmente se encontraban, pero si no daban caución a los legatarios o fideicomisarios debían sufrir a que se otorgara a estos la posesión de las cosas o del patrimonio.

No era posible además demandar en el lugar dónde se encontraba a la persona, no obstante que allí se hubiera celebrado el contrato o se hubiera cometido el acto ilícito, o fuera la ciudad de Roma, si había ido para declarar como testigo, o rendir las cuentas de una tutela o curatela, o por la apelación de otra causa.

Surgió además para ciertas personas una competencia por razón de la función; así los militares, domésticos y colonos del príncipe no podían ser llamados ante los tribunales comunes, aunque fueran los de su domicilio, pues tenían derecho a que se los juzgara ante jueces especiales. Los senadores, demandados en Roma, o en Constantinopla, sólo podían serlo ante el Prefecto del Pretorio, el de la Ciudad o el Maestro de los oficios. Durante el Bajo Imperio los clérigos de la iglesia ortodoxa podían oponer la incompetencia si se los llevaba ante tribunales que no eran los del prefecto del pretorio o del obispo, a elección del actor. Pero la Novela 79 de Justiniano dispuso que en las causas patrimoniales el actor debía demandar a los monjes y a los clérigos ante el

tribunal del Obispo, estableciendo en cambio que en materia criminal, si el delito era secular debía conocer del mismo cuando se acusara a un hombre del clero, el juez laico.

Constantino dispuso que las viudas y las personas de condición pobre o miserable pudieran, cuando eran demandadas o tenían que accionar contra adversarios potentes, declinar el fuero de los magistrados ordinarios, y llevar la causa al auditorio del príncipe.

También existía la competencia por conexión, de manera que si se reivindicaba la cosa o se pretendía un derecho real sobre ella, el comprador podía citar de evicción al vendedor ante el tribunal dónde se debatía la causa principal sobre la propiedad, sin que el citado pudiera invocar su propio fuero. Por igual razón en el caso de la "bonorum venditio", esto es de concurso de acreedores, debían estos presentarse ante el juez del lugar dónde estaba la mayor parte de los bienes del deudor.

A veces una situación excepcional justifica que se deje de lado la excepción de competencia, sin perjuicio de que tomada la medida urgente se remitan las actuaciones al juez competente. Era lo que ocurría cuando se ordenaba la traba de la litis aunque el demandado invocara su fuero propio, porque de lo contrario se produciría la prescripción de la acción u otro perjuicio igualmente irreparable.

Una vez radicada una causa ante un juez no puede sustraerse a su conocimiento en virtud de una causal de incompetencia sobrevinien te; por ello si el demandado con posterioridad a la traba de la litis deviene legado o soldado, no puede invocar la excepción respectiva. Nitampoco la mujer que siendo soltera había contestado la demanda, podía luego de casada invocar el fuero del marido. En principio, admitida una causa y trabada la litis debía terminar ante el juez dónde quedó radicada.

La expresion "prórroga de la jurisdicción", no es romana y pertenece al derecho canónico, no obstante lo cuál es suficientemente gráfica para señalar este fenómeno y no hay motivo para desecharla. Ya Ulpiano señalaba que las partes podían, mediante el mutuo consentimiento

someter una causa al conocimiento de un magistrado que no fuera el - que por naturaleza debiera entender en la controversia:D.5, 1, 15. Si - se someten a la jurisdicción de alguno, y consienten;entre los que consienten que juzgue tal juez,que preside o tiene otra jurisdicción, existe jurisdicción.

Se distingue entre la prórroga voluntaria y la necesaria;la primera se produce siempre que las partes, de común acuerdo, en forma expresa o tácita, hayan resuelto someter el litigio a un juez distinto del que por derecho común debiera entender en la causa.La otra en cambio es la que la misma ley impone, como ocuree con la reconvención que - necesariamente conocerá el juez que tiene competencia sobre la demanda interpuesta por el accionante.

La prórroga voluntaria por consentimiento expreso de las par - tes se lleva a cabo mediante un pacto y se admitió en Roma mediante- la ley Julia de los juicios, pero se discute entre los autores si bastaba - la voluntad de los litigantes o bien era necesario que se hubiera llevado la causa ante el magistrado cuya jurisdicción surgía en virtud del - referido convenio.Mientras algunos sostienen que era suficiente el pacto, otros basándose sobre la opinión de Africano que figura en D.2, 1,- 18, exigen que el pleito se llevara efectivamente a conocimiento delcitado magistrado, sin que desde luego se necesitara su conformidad para que se produjera la prórroga de su competencia.Esta última opinión parece la más valedera y la que está más de acuerdo con los textos citados.

La prórroga tácita tenía lugar en cambio cuando el actor de - mandaba ante juez incompetente y el demandado se avenía a consti - tuir la relación procesal sin invocar la excepción respectiva.

La reconvención es una demanda que formula el demandado - contra el actor ante el mismo juez en cuyo tribunal aquél ha promovido la acción principal, Cabe distinguir la reconvención de la que tiene lugar en las llamadas acciones mixtas, como las de división de la - cosa común, de herencia o de confusión de límites, que son dobles porque cada una de las partes puede asumir el rol de actor y demandado,

y de la compensación que no es una acción sino una defensa destinada a rechazar o a disminuir la suma cuyo cobro persigue la acción deducida por el adversario.

La expresión "reconventio" no figura en las fuentes y Gluck, p. cit. p. 170, la atribuye a Acursio. Los textos se refieren a la "mutua petitio", a la "mutua actio".

No es claro que por reconvención pudiera, en el derecho romano, prorrogarse la jurisdicción. Para sostener la opinión afirmativa se suelen citar los siguientes fragmentos: uno de Paulo en D.5, 1, 22; uno de Gaio en D.2, 1, 11; y uno de Ulpiano en D.50, 13, 1, 17.

Paulo en el texto citado dice que quién no es constreñido a aceptar el juicio en un lugar, si él mismo allí acciona, debe contestar a su vez las acciones que contra el se promuevan y todo el pleito se envía al mismo juez. Mas no se trata de la prórroga de competencia por reconvención, ya que esta supone que el juez sea incompetente y en el caso que menciona Paulo se trata siempre de un juez competente, pero de un demandado que tiene el privilegio de remitir la causa al lugar de un demandado que tiene el lugar de su domicilio: ius revocandi domus, aunque esté en Roma y allí se accione contra él.

El texto de Gaio es de lo mas confuso, habla de acciones mutuas entre las mismas partes, de modo que una pida una cantidad menor y la otra, una cantidad mayor, en cuyo caso ha de actuar el que accionó ante el juez competente para conocer en su demanda, para que no dependa del adversario que le sea factible accionar ante ese juez. Son varias las interpretaciones que ha merecido el fragmento, pero lo más lógico es entender que si Ticio demanda a Gayo ante un juez municipal, y este lo contrademanda por una suma que excede la competencia de aquél, se siga el juicio comenzado ante ese juez y se remita la contrademanda al gobernador de la provincia, que por razón de la cantidad es el que tiene jurisdicción, sobre la misma. No hay entonces reconvención en el pasaje de Gaio.

El caso que trae Ulpiano tampoco se refiere a la reconvención; si una persona demanda a otra ante el gobernador de la provincia, el-

cual debe decidir la litis por medio de la "cognitio extra ordinem", y- el demandado interpone acciones que necesariamente tendrían que sustanciarse por el régimen ordinario, "in iure" e "in iudicio", era razonable que se sostuviera que estas últimas debía decidirlas en igual forma que la acción que originó el proceso. No se presenta, entonces, - prórroga alguna de jurisdicción sino una modificación en cuanto al procedimiento a seguir para el trámite de las acciones deducidas por el demandado en su responde.

Se creyó encontrar la prueba de que la reconvención producía- la prórroga de la jurisdicción en una constitución del emperador Zenón: C. 7, 51, 5, pr. y 1, la que dice así: "Sanciona la constitución, que- cada juez en su sentencia ordene al vencido pagar todos los gastos erogados en la litis, y se da licencia al juez para exceder hasta la décima parte de los gastos efectuados, toda vez que el vencido hubiera actuado con impudicia, exceso que se aplicará al fisco, salvo que por razón de la mora el juez considere justo atribuirlo en parte al vencedor. Pero no sólo se condenará al actor o al reo, cuando el juez tenga sobre ambos potestad, sino también cuando no la tenga sobre el actor, y éste empero fuera vencido por una contraria acción, porque a este juez no puede recusar...".

Aparentemente de esa constitución de Zenón surgiría en forma- indirecta la prórroga de la competencia en virtud de la reconvención - ya que se refiere al actor sobre el cuál el juez no tiene competencia, a la cual empero habría tenido que someterse con motivo de la acción deducida en el mismo proceso por el demandado.

Se objetó a este texto: 1o.) que no es seguro que Zenón haya - querido introducir un derecho nuevo; 2o.) que no es original, sino una restitución de las Basilicas; 3o.) que no fué glosado.

Parece sin embargo que en la época de Zenón la reconvención- producía la prórroga de la competencia.

Las mismas dudas surgen con respecto a una constitución de Justiniano que figura en C. 7, 45, 14, donde remitiéndose a Papiniano, dice el emperador que el juez al sentenciar no sólo se ha de preocupar de absolver o condenar al reo, sino también al actor, en caso necesario, -

si resultara haber mérito para ello, sin que sea obstáculo que el juez no fuera competente para juzgar al actor, atento a que este al accionar y elegirlo, aceptó también su competencia para que lo juzgara a él.

Pero dicho fragmento se refiere a la compensación que opuesta como defensa justificaba no solo el rechazo de la demanda, sino que se condenara también al actor por el saldo que resultara a favor del demandado, sin necesidad de que este último tuviera que accionar a su vez. Papiniano exigía sin embargo que el juez fuera competente y Justiniano fué más allá al admitir que dicha condena tuviera lugar aunque con respecto al actor el juez, y con respecto al crédito opuesto para que tuviera lugar la compensación, no fuera competente.

También es incierto el argumento que pueda fundarse en la Novela 96, cap. 2, de Justiniano; conforme a esta si el demandado pretende que el actor algo le debe, tiene o que demandarlo a su vez ante el mismo juez, antes de que se haya trabado la litis, o bien esperar a que esta termine para poder accionar contra él ante el respectivo magistrado. Mas en el fragmento no se dice que la reconvención pueda deducirse ante un juez que sería con respecto al actor incompetente.

Por lo que concluímos señalando que fuera de la citada constitución del emperador Zenón cuya autenticidad se presta a muchas dudas, no hay prueba alguna que justifique que por reconvención podía alterarse la competencia o la jurisdicción de los jueces en el Derecho Romano.

La prórroga convencional de la jurisdicción puede recaer no sólo cuando se altera la competencia en virtud del lugar, sino también por la materia y el valor. Como enseña Paulo, D. 50, 13, 28, las partes pueden someter a los jueces de los municipios litigios que excedan la suma sobre la cual aquéllos tienen jurisdicción. Lo que las partes no podían hacer era conferir competencia a una persona que no la podía tener en absoluto, esto es al que carecía de jurisdicción, cuya decisión tampoco podía tener el valor de sentencia ni producir cosa juzgada: Diocleciano y Maximiano: C. 3, 13, 3.

Podía tener lugar la prórroga en las causas, siempre que estas-

no pertenecieran a un género diferente; así no podía someterse a un juez en lo criminal, por acuerdo de partes, la instrucción y decisión de un pleito civil: D. 5, 1, 60 y 1. En cambio podía someterse un conflicto de ese último género a los tribunales administrativos: Antonino : C. 3, 13, 1.

Un magistrado no podía ser demandado ante el tribunal de otro magistrado de igual o inferior jerarquía, pero si se sometía a su jurisdicción no podía luego cuestionarla.

Para determinar la competencia por razón del valor se tiene en cuenta lo que el actor reclama y no lo que el deudor debe; y si se acumulan acciones, cada una de las cuales no excede la competencia del juez, pero en conjunto sí, se considera el monto de cada una de ellas en particular.

La jurisdicción puede ser finalmente propia o delegada; ya hemos referido a la primera cuando dijimos que era la que correspondía a los magistrados romanos desde que entraban en el desempeño de sus magistraturas y como inherente a las mismas. La jurisdicción delegada es la que se ejercita en nombre y en lugar de otro magistrado, de quién se ha obtenido el respectivo mandato. El derecho romano concibe semejante delegación en virtud de que considera a la jurisdicción como propia, como un atributo de la magistratura. Las facultades en cambio que tenía el magistrado en virtud de la ley, de un senadoconsulto o de una constitución imperial no podían ser objeto de mandato y debían ejercitarse personalmente.

La jurisdicción delegada como todo mandato cesaba por la muerte del magistrado que lo había otorgado o del que la recibió, o por la terminación de las funciones de uno ú otro, o bien por la revocación. Se exceptuaba de esta última causal la delegada al legado del procónsul, pues para revocarle el mandato se exigía la aprobación del emperador. Se cree que esta excepción se debe a que el referido legado ejercía la jurisdicción mandada como algo propio e inherente a sus funciones.

Uno de los fundamentales elementos de la "iurisdictio" de los magistrados y promagistrados era el "ius edicendi", consistente en la

facultad de promulgar edictos. La misma se hallaba asegurada por el - "imperium". En virtud de este el magistrado o el promagistrado podía - ordenar y disponer lo concerniente a la regulación de la vida de los - que integraban la comunidad. Las imperativas cláusulas emanadas du - rante el ejercicio de la magistratura tenían un doble fundamento; por - un lado se referían a las normas del derecho civil cuya actuación de - bía reglamentarse para hacerlas efectivas; y por el otro, se basaban so bre el puro "imperium", dentro de cuyo ámbito no sólo se desenvolvía la actividad administrativa sino también la concerniente a las reglas - que se creaban en virtud del derecho de gentes.

Se formó así un conjunto de preceptos, algunos de los cuales tendrían carácter accidental y transitorio, pero otros en cambio como- que versaban sobre situaciones permanentes, adquirieron estabilidad y fueron recibidos por los distintos magistrados o promagistrados que se su cedían en la función.

Desde luego, no hay que olvidar que ninguna de las normas - así creadas tenía valor de derecho, razón por la cual en principio to - das participaban de la anualidad de la magistratura en cuyo decurso se habían establecido.

La circunstancia, a su vez, de que dependieran pura y exclu- sivamente del "imperio", aún aquéllas que tenían por finalidad actuar el derecho civil, explicaba que tampoco fueran imperativas para el ma gistrado que las había sancionado, y mucho menos para los sucesores.

Sin embargo la fuerza de la costumbre y de la opinión pública debió consolidar aquellas reglas que por su naturaleza se fundaban so - bre criterios de justicia y tenían por objeto la realización del orden ju rídico dentro de la comunidad.

Se formó así un grupo de disposiciones cuya permanencia fué- asegurada por la reproducción que de las mismas hacían los magistrados o promagistrados subsiguientes, al punto que se llegó a incluirlas en un "album" fijo colocado con carácter definitivo en el Foro.

Sin perjuicio de ello, los magistrados continuaron dictando ór denes y reglas en el curso de su cargo, las que se consignaban en un "e

dicto" móvil, el cual era llevado por los auxiliares toda vez que el pretor o el gobernador se trasladaban al lugar donde iban a hacer justicia.

El album general era el llamado "edicto perpetuo" y contenía dos clases de disposiciones: 1o.) las reglas o preceptos jurídicos; 2o.)- las fórmulas redactadas en forma general.

El album móvil por el contrario encerraba los decretos y las normas cotidianas, recibiendo el nombre de "edicto repentino".

No actuaba el magistrado o el promagistrado solo, sino que era asesorado por los jurisconsultos, a cuyo cargo estaba hallar nuevas formas que contuvieran las mas recientes normas jurídicas destinadas a actuar el derecho, por lo que sin duda el "edicto móvil" servía de receptorio de todas aquellas novedades que el pretor consideraría conveniente aceptar hasta que por la bondad de las mismas, demostrada por el uso, pasaran a integrar el "edicto general".

Fue entonces el Edicto el laboratorio mas proficuo donde se conjugaban los esfuerzos de la práctica con los ideales de la justicia y la equidad, para producir las cláusulas o reglas que podrían llegar a convertirse en verdaderas normas jurídicas, si eran aprobadas por el uso y la costumbre.

Sin el conocimiento de este extraordinario mecanismo será difícil cuando no imposible, captar la esencia del proceso de formulación de las normas jurídicas que aparentemente aparece tan complejo. La sensibilidad jurídica del medio ambiente recibía cabida en los edictos por cuanto los juristas, los escrutadores del sentir popular, eran los encargados de suministrar al magistrado los elementos que elaboraban los usos, y la misma circunstancia de que se hiciera justicia en el mismo centro de la actividad comercial, a la luz del día en los primeros tiempos, permitía una más fácil y pronta captación de la realidad. De ahí que se llamara al derecho honorario, la viva voz del derecho civil y que pudiera alcanzar los inusitados desarrollos que hoy nos llena de asombro y han cimentado la imperecedera fama del derecho Romano.

La segunda parte del Edicto de los magistrados o promagistra -

dos referente a la "iurisdictio" versaba sobre la pena honoraria estatuida contra el que corrompiera, quitara, destruyera o de cualquier modo, y con dolo malo, dañara el album, en todo o en parte, que contuviera cláusulas establecidas por causa de perpetua jurisdicción, no por una circunstancia accidental. Era una acción popular, o sea que podía ser ejercitada por cualquier ciudadano contra el infractor y estaba concebida "in factum". El hecho estaba previsto en el mismo edicto con estas palabras: "El que con dolo malo corrompiera lo que hubiera sido colocado por causa de perpetua jurisdicción en madera (albo), carta o en cualquier otra materia, se dará contra él juicio de 500 aúreos".

De este fragmento se desprende que las disposiciones de los magistrados podían escribirse sobre madera o cualquier otra sustancia.

La sanción consistía en una multa de 500 aúreos que debía hacerse efectiva sobre todos los que así despreciaban la majestad del magistrado. Era menester que el edicto se hubiera publicado; y si uno daba mandato a otro para que realizara ese acto ilícito, solo se castigaba al mandante cuando el mandatario no había obrado a su vez con mala intención porque de lo contrario ambos estaban sujetos a la misma pena por igual.

En caso de concurso de varias personas todas respondían personalmente por la u multa, sin que el pago que una de ellas hiciera liberara a las demás. Y ello aunque fuera una "familia", es decir un conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo paterfamilias, salvo que obraran por consejo de su amo. No hay lugar en tal supuesto al abandono noxal, y si el amo no defiende al siervo, se castiga a éste corporalmente, convirtiéndose la multa en castigo corporal; lo mismo ocurría si el infractor era un insolvente.

Quien lucraba la multa era el particular que acusaba.

El "ius edicendi" era uno de los atributos de la magistratura y formaba parte de la "iurisdictio", potestad ínsita en el mismo concepto de la función, pero el "officio iudicantis", es decir el oficio del magistrado era aún mas amplio, porque además de la jurisdicción contaba con otras potestades derivadas estas de las leyes, los senado consultos y las constituciones imperiales. A este grupo de actividades co

rrespondían el nombramiento de un tutor, de un curador, la missio in - posessionem en virtud de las normas legales como las del S.C.Carboniano.

Había además otras facultades que se fundaban directamente - sobre el imperium.

No obstante la enorme importancia que adquirían las disposiciones permanentes del edicto, es innegable, como se ha dicho ya, - que no vinculaban al magistrado, de modo que este podía apartarse de ellas en los casos concretos, lo que haría la más de las veces por razones de equidad y de justicia, pero en otras en forma arbitraria para favorecer o perjudicar a una de las partes. Que esto último no fue algo- insólito lo prueba la existencia de un edicto especial sobre la materia, estableciendo que si un particular solicitaba y obtenía del magistrado una resolución contraria a las normas vigentes o al derecho en su beneficio y en daño de su contrario, tanto aquel como el pretor que había accedido a su solicitud, debían sufrir en el supuesto de que se hallaran en la situación del lesionado el mismo criterio inicuo que habían aplicado. Sobre la base de tal edicto los comentaristas de la Edad Media, construyeron despues el llamado derecho de retorsión.

Las palabras del Edicto al respecto eran las siguientes: "Si quien ejerce la magistratura o tenga potestad, contra alguno estatuyera un - nuevo derecho, el mismo pidiéndolo su adversario debe usar igual derecho. Si alguno, ante aquel que desempeña una magistratura o una potestad, obtuviera un nuevo derecho; en caso de que (en otro juicio) lo solicite su contrincante, contra él debe aplicarse igual derecho". De - tal manera si el pretor, apartándose de los precedentes o de las normas para perjudicar a una de las partes, dictaba una regla inicua, en caso de hallarse él como litigante, y en igual situación que el damnificado debía sufrir las consecuencias de las disposiciones arbitrarias que había establecido. Lo mismo le ocurría al particular que había conseguido, para ganar el pleito, una solución del magistrado que contradecía a la que figuraba en el cuerpo legal.

232o.) La in ius vocatio.- Durante muchos siglos el único modo conocido de comenzar el procedimiento fue la "in ius vocatio", que

significa la citación ante el tribunal del magistrado, "in iure". Estaba regulado por la ley de las XII Tablas y constituía una "manus iniectio" que se realizaba extrajudicialmente. Los pretores y los gobernadores de provincias en sus edictos le introdujeron importantes modificaciones, y en tal estado la encontramos en las Pandectas de Justiniano en una época en que había sido substituida por la citación y emplazamiento que el libelo comportaba; vale decir, en un período en que se había transformado en un acto estatal.

La razón de que se mantuviera la institución en el Digesto puede deberse a que quizá no se haya extinguido por completo y coexistiera con los otros dos procedimientos conocidos entonces para empezar el juicio, el libelo y la litis denuntiatio, pudiendo el interesado escoger la vía que mas le conviniera para llevar al adversario ante los tribunales.

Paulo nos dice en D. 2, 4, 1, que "in ius vocare" es citar por causa de hacer manifiesto el derecho. La ley de las XII Tablas disponía: "Si io llama ante el tribunal, que el citado vaya enseguida; si no va, que se llamen testigos; y de inmediato lo tome; si se demora o huye, que le imponga la mano; si el citado está enfermo o es anciano o padece de un defecto, se le dará un caballo, sino quiere, una silla o litera".

"Si caluitur" expresa la ley, esto es, si se demora o frustra la diligencia, de donde explica Gaio en D. 50, 16, 233, viene la palabra "calumniadores", porque por fraude y por frustraciones vejan a otros con litigios; de allí también deriva la palabra "cavilación".

No es posible ejercer la "in ius vocatio" contra cualquier persona; así quedan excluídos los magistrados: el cónsul, el prefecto, el pretor, el procónsul y en general todos los que tienen imperio y pueden constreñir y mandar a la cárcel a las personas. Es decir que los magistrados mayores que tienen "vocatio" no pueden ser sometidos a la "in ius vocatio"; en cambio sí, los magistrados menores como los ediles y los cuestores.

Pero tampoco podían los magistrados exentos de la "in ius vocatio" mientras desempeñaban la magistratura, citar ante el tribunal a

otras personas. El beneficio y la prohibición se extendían a los que formaban la comitiva del gobernador de provincia, de modo que no podían accionar o ser demandados por contratos realizados con anterioridad al ingreso en sus funciones, y si con motivo de ello prescribían las acciones eran estas objeto luego de la restitución por entero. Si en cambio sufrían o cometían un acto ilícito, por ejemplo una injuria o se temía un daño futuro, debía depositarse la cosa litigiosa o exhibirse o darse caución de que posteriormente se presentaría en el juicio.

Las materfamilias podían ser citadas ante el tribunal pero no se permitía ejercer contra ellas la manus iniectio a que nos hemos referido. Se consideraba "materfamilias", fuera ingenua o liberta, casada, soltera o viuda, la mujer que llevaba una vida honesta. Tampoco podía llevarse a cabo tal procedimiento contra las doncellas impúberes sujetas a ajena potestad.

Se hallaban eximidos igualmente de la "in ius vocatio" los sacerdotes o sus auxiliares mientras se hallaban desempeñando su ministerio; el que va en caballo público en cumplimiento de sus funciones oficiales; o el que se está casando; el juez mientras instruye la causa, o los que están actuando "in iure" ante el Pretor; los que asisten a un funeral de sus parientes o los que formaban el cortejo fúnebre; los furiosos, y los infantes.

No están tampoco sujetos a la "in ius vocatio" los que tienen que comparecer "in iure" o los que han dado fianza de asistir a juicio en lugar distinto a aquel donde se los quiere demandar.

Otra causal que exime de comparecer o impide la "in ius vocatio" era el estar detenido por alguna causa, fuera que estuviera encadenado por los acreedores o permaneciera detenido por orden de la autoridad.

Nadie puede entrar sin autorización en el domicilio ajeno, de manera que si la persona que se quiera llevar ante el tribunal se refugia en su casa, no puede penetrarse en ella para ejercer la "manus iniectio", y solo cabe pedir al magistrado la "missio in possessionem" en los bienes o patrimonios delque se oculta.

Si en cambio estaba dentro de su casa pero de manera tal

que hubiera una puerta o ventana abierta, a través de las cuales se lo pudiera ver, era factible pronunciar las palabras necesarias de la "in-ius vocatio", aunque no pueda luego ser sacado por la fuerza del domicilio. La viña, el baño público, el teatro, o cualquier otro sitio semejante no se consideraban domicilio, y por consiguiente allí podía realizarse el antedicho procedimiento.

Hay personas a las que no se puede hacer pasible de la "in ius vocatio" sin previa venia del magistrado quien en su Edicto disponía que, sin su permiso, no podía citarse ante el tribunal a los ascendientes, al patrono, a la patrona, a los hijos ó ascendientes de estos. El padre no puede ser demandado sin dicha autorización por el hijo, aunque esté haya entrado, por adopción, en otra familia. Tampoco se puede accionar contra el padre adoptivo, aunque esto más por el principio de que ambos constituyen una sola persona, salvo que el hijo tuviera un peculio castrense. En cambio el hijo adoptivo puede, sin previa venia, citar ante el pretor al padre ó demás ascendientes del padre adoptivo por cuanto con ellos notiene ningún parentesco.

Se comprendían los ascendientes de ambos sexos; algunos juristas sostenían que debía limitarse la prohibición hasta el "tritavus" que estaba en el sexto grado, pues mas allá de este lugar de "parentes" se los llamaba "maiores", pero Gaio Casio sostuvo que la restricción era improcedente y abarcaba a los ascendientes hasta el infinito, lo que se consideró mas honesto.

Severo o Servio opinaba que la prohibición debía comprender solo a los hijos nacidos en justo matrimonio, pero no se siguió su criterio y hasta abarcó el caso de los que habían sido concebidos en esclavitud de los padres, y al hijo concebido por el vulgo con respecto a la madre.

Por patrono se entendía el que manumitió al esclavo, o el que descubrió que había mediado conclusión entre el liberto y el patrono para hacerlo declarar ingenuo, o el que era reconocido por tal en "praeiudicio" mediante sentencia aunque realmente no lo fuera, o si había jurado que era liberto. Si se dejó al esclavo la libertad por fideicomiso, no puede demandar al que lo manumitió sin la venia del magis-

trado. Si el amo compró al esclavo con la condición de manumitirlo y no lo hace, el siervo adquiría la libertad de pleno derecho por una constitución del emperador Marco Aurelio, y aunque no hubiera sido manumitido se consideraba su dueño como patrono y se aplica la prohibición antedicha. En cambio si recibía dinero del esclavo para comprarlo, lo compraba y no lo libertaba, no adquiría derecho alguno de patronato y por consiguiente, para demandarlo, el liberto no necesitaba la venia mencionada.

Si era vendida la esclava con la condición de que no fuera prostituída, y para el caso de infringirse la prohibición de que se convirtiera en libre, de ocurrir que el comprador la dedicara a tan triste comercio, se hacía libre y el vendedor se convertía en patrono. En cambio si la vendía con la condición de que no la prostituyera, y el comprador infringía la cláusula, el vendedor tenía la "manus iniectio" para recuperar la sierva; si al mismotiempo el enajenante la mantenía en tal ministerio, la esclava se hacía libre y su ex-amo perdía el derecho de patronato, por lo que podía citarlo ante el pretor sin necesidad de autorización previa.

Interesante es el caso de un esclavo que pertenece a un municipio, a una corporación, a una "universitas"; de ser manumitido no necesita la autorización para demandar a alguno de los componentes de esas entidades porque se considera que no es liberto de ellos, sino el "corpus" en sí, por lo que se requerirá la venia cuando demande a la República, a la municipalidad o al ente colectivo. Cuando ha sido esclavo de varios condóminos y luego es manumitido, debe solicitar la autorización para demandar a cualquiera de sus ex-amos que se han transformado en patronos.

Por hijos del patrono o de la patrona se entienden sus descendientes hasta lo infinito, más allá aún del trinepos o de la trineptis, sean naturales o adoptivos siempre que en este último caso subsista el vínculo civil. El liberto no podía demandar sin la venia previa al hijo del patrono aunque hubiera sido dado en adopción, ni tampoco al nieto concebido por la mujer de ese hijo, aún durante el tiempo en que estaba dentro de la familia del padre adoptivo. Si el patrono eman

cipaba al hijo el liberto no podía demandar a este sin la autorización del magistrado, pero en cambio si ese hijo emancipado, adoptaba un hijo luego de extinguida la patria potestad, no ocurría con el lo mismo porque el nieto era extraño al patrono.

Las disposiciones del Edicto se extendieron también a los herederos del patrono aunque fueran extraños, los que no pudieran ser demandados por los libertos o por sus hijos, sin requerir previamente la debida autorización del magistrado. Y como lógica consecuencia se extendió la prohibición a la mujer (uxor) del patrono.

La concesión del "ius aureorum annulorum" no eximía al liberto de la necesidad de recabar la venia del magistrado para demandar a las personas a las que debía respeto y reverencia. En cambio la capitis deminutio máxima o media que sufrieran tanto el liberto como el patrono, extinguía el vínculo del patronato, salvo que el príncipe concediera la restitución; por lo que si aquellas personas o el liberto perdían la ciudadanía o la libertad, no era menester la venia para accionar contra ellas.

Los hijos y demás parientes del patrono pierden el referido derecho si acusan al liberto de crimen que se castiga con pena capital o lo reclaman como esclavo; y el patrono o la patrona, si impusieron al liberto que jurara que no había de casarse. Se disputaba entre los juris consultos de la época clásica si en tal hipótesis se extinguiría el requisito de la venia aún en caso de accionarse contra el hijo del patrono o de la patrona; Juliano sostuvo que no, y su opinión fue seguida por la mayoría.

Si el patrono actuó como tutor, curador, defensor o actor del liberto no podrá este demandarlo sin la venia previa, pero si intervino el tutor o el curador del patrono, podrá accionar contra ellos sin otra formalidad. Del mismo modo mientras el liberto pupilo no puede demandar al patrono o a la patrona sin la autorización del magistrado, el tutor de aquel puede hacerlo sin cumplimentar tal exigencia.

Con el régimen de los libelos cambió el criterio, atento a que la citación y emplazamiento en tales supuestos eran consecuencias de un acto estatal y no de la voluntad de los particulares, por lo cual fue

innecesario recabar en primer término la venia del magistrado.

Si el patrono demanda al liberto este podrá interpelarlo para - que prosiga las actuaciones sin necesidad de permiso por cuanto se con sidera que mas bien se defiende que acciona.

Se justifica la intervención del magistrado de modo preliminar para poder examinar si el liberto quería ejercitar una acción que po - día acarrear la infamia al patrono a a sus allegados, o consecuencias injuriosas, no obstante lo cual, podía permitirse el ejercicio de aquella si mediaban graves motivos que la justificaban.

Si el liberto infringe la prohibición del Edicto incurre en una - multa de 50 aúreos siempre que se solicitara su aplicación dentro del a ño, pero no se daba al heredero ni contra el heredero porque tenía ca racter penal. Aún así podía el magistrado remitir la pena en caso de e existir una causal admisible, como si el liberto renunciaba a la acción arrepintiéndose, o bien si el patrono o sus parientes se avenían a ella. Estas excusas no figuraban en la letra del Edicto pero se admitieron so- bre la base de su espíritu, conforme a la elaboración que hizo la juris prudencia. En cambio no se admitió como excusa la rusticidad por cuan to el respeto que el liberto debe al patrono es algo natural que debe - comprender la mente menos refinada.

Si el patrono paterfamilias está ausente y el liberto accionaba contra el hijo de aquel, alieni iuris, se da la acción penal in factum - permitiéndose accionar al hijo de familia en reemplazo de su padre.

El patrono o sus allegados tienen, pues, la acción para perse - guir el pago de los 50 aúreos; si el liberto es insolvente, lo castiga el prefecto para la ciudad corporalmente.

El citado ante el tribunal del magistrado por la "in ius vocatio" debía obedecer, aunque aquel no fuera competente, siempre y cuando residiera en el mismo territorio, y aunque tuviera un privilegio perso - nal de fuero, como el ius revocandi domus. De lo contrario, y por la ley de las XII Tablas podía ser llevado por la fuerza, previa comproba ción de la negativa mediante testigos.

El Edicto del Pretor contemplando los casos en que el que reali

zaba dicha citación no tuviera la fuerza necesaria o no quisiera emplearla, estatuyó una multa contra el renitente, a aplicarse por el juez competente. Se eximió de la misma al que no obedecía por ignorancia, o si ningún perjuicio sufría el actor, como si se realizaba la citación en día feriado, o que el actor no tuviera derecho para ejercitar la "in ius vocatio" contra la persona que emplazaba ante el tribunal.

El citado "in iure" debe ir de inmediato y solo puede eximirse de ese deber pactando sobre la litis, haciendo transacción o dando caución de que lohará un día cierto. La ley de las XII Tablas disponía que el que tenía bienes debía dar un "vindex" de igual categoría, mientras el proletario podía dar cualquiera. La caución podía ser "cum satisdatione", es decir mediante fiadores o prenda, o una nuda cautio, a saber la promesa del interesado de que comparecería ante el tribunal del magistrado.

El edicto del magistrado previó también la posibilidad de que un tercero ejercitara la fuerza para impedir que alguien pudiera ser citado "in iure", estableciendo una pena contra los que así procedían. Para que la multa tuviera lugar era necesario que un tercero eximiera al citado mediante violencia e impidiera así que fuera llevado ante el tribunal del magistrado. De ahí que si la persona emplazada era de aquellas a sobre las cuales no podía la otra parte ejercer la "in ius vocatio", la acción del tercero quedaba impune; por lo que si alguien impedía con la violencia que el patrono o sus allegados siguieran al liberto que los emplazaba, estaba exento de pena.

Para eximirse de la necesidad de comparecer ante el magistrado, la persona objeto del procedimiento antedicho, sino pactaba o transaba, debía dar caución, la que se prestaba normalmente mediante fiadores que garantizaban la comparecencia del demandado en un día que se señalaba de antemano. En caso de inasistencia, el fiador o los fiadores quedaban obligados por el interés que el actor tenía en que se trabara la litis.

El fiador debía ser solvente y de un haber patrimonial equivalente al de la persona cuya presencia ante el tribunal garantizaba; se

exceptuaban empero de este requisito ciertas personas, así los ascendientes, los descendientes, la propia mujer, el patrono, la patrona y sus descendientes agnados, los que podían dar como fiadores a cualquier garante, aunque no reuniera las condiciones patrimoniales señaladas.

Solo podía prestarse la caución por quién y a quien fuera libre, ya que los esclavos no podían estar en juicio, de manera que estipularan o prometieran la asistencia ante el tribunal, no podían ser compelidas ni tampoco los terceros que habían dado por ellos la fianza.

En lugar de que fueran terceros los que prometieran la comparecencia, podía el mismo citado hacer la promesa, en cuyo caso se llevaba a cabo una estipulación pretoriana que tenía la virtud de generar una nueva acción, la "actio ex stipulatu" por el interés que tuviera el actor que su adversario se presentara ante el magistrado o el promagistrado.

Las partes podían en la estipulación referida, se efectuara entre ellas o con un tercero, fijar el día de la comparecencia; de no hacerlo sostenía Pedio que quedaba al arbitrio del actor, pero se prefirió que el magistrado lo estableciera teniendo en cuenta la equidad, para lo cual se consideraba la distancia.

Esta última influía aunque estuviera fijado el día, ya que se computaba un día más por cada 20.000 pasos a contar desde los suburbios de la ciudad, tomándose las fracciones como enteros; así por ejemplo si mediaban 21.000 pasos hasta el domicilio del citado, se concedía una prórroga de 2 días.

Cuando la acción que se iba a ejercitar revestía el carácter de noxal, el adversario debía prometer o garantizar la exhibición del esclavo en el estado en que estaba el día de la "in ius vocatio", lo que se entendía en el sentido de que no debía deteriorarse la condición del pretendido acreedor . Esto último podía ocurrir si el esclavo dejaba depertenecer al que había prometido su exhibición, o bien si se perdía la acción, o era trasladado el siervo a un lugar donde era más difícil para el actor accionar. Por ello si el promitente enajenaba al esclavo a quien gozaba del privilegio del fuero con respecto al lugar donde quería el tercero demandar, o a una persona de mas elevada condición social y e

conómica, se entendía que no cumplía su promesa y debía satisfacer - la multa o el interés del acreedor.

En la época clásica se discutió en el caso de que el promitente abandonaba el esclavo en noxa a otro, en el interín, si mantenía o perjudicaba su condición; Orfilio opinaba que se deterioraba la situación del acreedor que había citado "in iure" porque la dación en noxa extinguía las acciones anteriores, pero Paulos, sostuvo lo contrario en virtud de que se consideró que quedaban aquellas subsistentes, ya que estas seguían al esclavo, del mismo modo que si fuera vendido.

En el supuesto de que el que había prometido presentar al esclavo lo manumitiera en el interín, había que distinguir: si se trataba de una acción capital o por injurias, podía considerarse que se perjudicaba al acreedor atento a que contra el hombre libre no podían utilizarse los castigos que el magistrado podía aplicar a los esclavos ; pero fuera de esos casos, lejos de empeorar, mejoraba la posición del accionante ya que entonces podría demandar al manumitido por el todo (in solidum).

Si ha prometido presentar el esclavo en juicio de libertad, la circunstancia de que lo manumitiera en el interín no altera la situación del esclavo con respecto al adversario; y si al tiempo de la estipulación la esclava que se comprometió a exhibir que estaba embarazada y cuando la exhibe había dado ya a luz, no necesitaba que junto con ella presentara al hijo, por cuanto este era considerado como - cosa independiente.

Para el supuesto de que se hubiera prometido o garantizado la exhibición de varios esclavos, basta con que no se presentara a uno para incurrir en la totalidad de la pena, porque no se cumplió con la promesa formulada, aunque si se aceptara la multa a prorrata, podrá el demandado rechazar la acción por toda la suma con la excep - ción de dolo.

No se incurre en la pena estipulada sino cuando vence el plazo de la exhibición, aunque sea cierto antes que el esclavo ha perecido por dolo del promitente o que no lo podrá exhibir.

Llegado el día el citado debe ser presentado ante el tribunal - por que de lo contrario incurre él, o los garantes, según los casos, en la pena estipulada; de no poder comparecer por hecho de tercero, se da a la otra parte contra éste una acción in factum por el interés que tuviera en que su adversario compareciera, que podía llegar a representar - el valor de la litis cuando a raíz de ello se perdía la cosa que se reclamaba, por usucapión, por ejemplo, o se extinguía la acción.

De manera que si un fiador prometió pagar 50 sestercios si Ticio no comparecía el día fijado "in iure", contra quién Seyo iba a reclamar un crédito de 100 sestercios, y por obra de un tercero, aquél no se hacía presente, el acreedor podía demandar a este 100 y no 50, pues ese era en verdad el interés que tenía en la asistencia del adversario ante el magistrado. Naturalmente que debía hacerse el respectivo juicio y probar el actor al tercero que el crédito invocado contra Ticio - era verdadero y por el monto que reclamaba.

De ser varios los que impidieran por la fuerza o las argucias - que el citado se hiciera presente el día fijado, se daba acción contra cada uno por el todo, aunque pagado el interés del acreedor o actor - por uno de ellos, se extinguía la acción contra los demás. Si es un esclavo el que impidió la comparencia del citado, la referida acción se daba en forma noxal.

La acción in factum que estudiamos pasaba al heredero del actor pero sólo se daba dentro del año y contra el heredero del demandado en la medida que se hubiera enriquecido.

Desde luego que el tecero debía obrar con dolo, ya que la culpa o negligencia no lo hacía incurrir en esta sanción.

Puede ocurrir que sea el que va a accionar el que impida al citado "in iure" asistir al juicio; en tal caso este no tendrá acción contra aquél, pero repelerá la que ejerza en virtud de la estipulación que garantizaba la comparencia con la excepción de dolo o violencia. Si es un esclavo del accionante el que impidió comparecer al citado, hay - que distinguir si actuó con conocimiento de su amo, en cuyo caso se dará la excepción, o si lo hizo ignorándolo su dueño, y entonces el cita -

do tendrá que responderle a este por su inasistencia, pero a su vez tendrá la acción noxal por el hecho del siervo contra el adversario.

Cuando un tercero impide al accionante comparecer el día de la audiencia, este último tiene contra aquél una acción in factum; si quién le impide la asistencia es el mismo citado "in iure", ocurrirá lo mismo. En caso de que citante y citado se hayan impedido, mutuamente con mala intención, la concurrencia al juicio, ninguno de ellos puede accionar por este título, porque el dolo de ambos se compensa.

La promesa o garantía de comparecer ante el tribunal en el mismo estado en que se encontraba el citado el día de la "in ius vocatio", no le impedía a este contraer en el interin nuevas deudas o celebrar contratos y contraer obligaciones. No podrá en cambio invocar un privilegio de foro que no existía en el momento de la citación, pues si lo hiciera incurriría en la pena por no presentarse en el mismo estado en que entonces se encontraba.

Las disposiciones pertinentes del Edicto no se interpretaban literalmente; así si mediaba transacción antes de que llegara el día de la comparencia, podía el citado no presentarse sin incurrir en pena alguna; en el supuesto de que se transara el pleito luego de vencido el día fijado para comparecer, no habiendo asistido a la audiencia el citado, se le concedía contra la acción surgida de la estipulación que la otra parte ejercía, la excepción de dolo, ya que se entendía que se había transado también sobre la pena o la garantía.

Hay causales que excusan la asistencia a la audiencia el día fijado: 1o) si el citado el día de referencia se hallaba desempeñando un cargo municipal, cuando no mediaba dolo de su parte; 2o) si ese día debía comparecer ante un juez para declarar como testigo; 3o) si fué detenido cuando se dirigía al tribunal, por órden de un magistrado, sin que hubiera dolo de su parte. En caso de ser detenido por un particular, tal hecho no le sirve de excusa pero puede accionar contra quién así lo perjudicó. 4o) Si en el interin fué condenado a pena capital, como la muerte, la deportación, el exilio, en cuyo caso liberaba a los fiadores que había dado para asegurar su presencia, o si era exilado, conservando la ciudadanía, liberaba a su defensor. Se requería en todos esos su

puestos que mediara condena no bastando la simple acusación o el procesamiento.5o)Si fué apresado por el enemigo;6o) Si se le murió un allegado y debe asistir a los funerales;7o) Si se enfermó, o le fuera impedido moverse del lugar en virtud de temporal, inundación, guerra, etc- Tratándose de una mujer, la gravidez se equiparaba a la enfermedad.

Desde luego que el magistrado o el promagistrado tenía facultad para examinar la excusa y estimar si era o no equitativa, y sino había incurrido el citado en culpa.

Cuando el citado se hacía presente dos o tres días después del fijado, sin que su mora ocasionara perjuicio alguno al citante, este no podía ejecutar la garantía, y si lo hacía sería rechazado con una excepción.

Si el citante emplazó a dos y comparece uno y el otro no el día prefijado, y pide contra el ausente la pena o la ejecución de la garantía, no podrá accionar contra el presente, si con la multa estipulada o la prende consigue la satisfacción del mismo interés.

En caso de que fuera el paterfamilias el que hubiera prometido presentarse ante el tribunal en virtud de un contrato celebrado por el citante con el alieni iuris sometido a su patria potestad de accionar el acreedor en el interin contra el hijo celebrado por el citante con el alieni iuris sometido a su patria potestad;en caso de que accionar el acreedor en el interin contra el hijo, aquel se liberaba del deber de presentarse in iure;y si en cambio había sido el hijo, alieni iuris, el que hubiera dado la caución de comparecer, y el tercero citaba in iure al pater por la acción de peculio, el hijo de familia se hallaba dispensado de asistir a la audiencia el día establecido.

El fiador puede invocar la excusa que justificaría la ausencia del citado, como si hubiera tenido que dejar Roma por razón de una función pública. Las referidas causales pueden ser alegadas aunque se haya garantizado la exhibición de un esclavo o de un hijo de familia salvo para el siervo la ausencia en interés de la República que sólo puede invocarse a favor de un hombre libre.

De ser feriado el día de la comparencia o de haber otorgado -

el magistrado una dilación, no se incurre en la pena o en la pérdida de la garantía que el citado otorgó para asegurar su presencia ante el tribunal. El día anterior a las Calendas de enero, el 31 de diciembre, el magistrado no ejercitaba la jurisdicción ni el imperium. En el tercer día de esas Calendas se tomaban los votos para la salud del emperador, por lo que tampoco había audiencia. Los gobernadores de la provincia, conforme a las costumbres del lugar, decretaban los feriados correspondientes a las vendimias y cosechas. Numerosas constituciones establecieron días feriados basados en acontecimientos humanos o divinos, sobre todo cuando el cristianismo fué admitido como religión del Estado.

Al lado de esas fiestas permanentes estaban las "repentinas", decretadas con motivo de un acontecimiento extraordinario, fuera fausto o infausto. Durante la República los magistrados pudieron decretar tales fiestas, pero los emperadores se reservaron luego el derecho exclusivo de fijarlas. El emperador Marco Aurelio prohibió que durante las fiestas de la vendimia o de la cosecha se realizara la "in ius vocatio"; en su época había 135 días feriados y 230 hábiles para actuar en justicia.

En el caso de que el pretor admitiera a las partes en día feriado y se dictara por el juez la sentencia estando presente los interesados, la decisión era válida; pero si estaba ausente uno de los litigantes la misma era nula sin necesidad de que se hiciera caer mediante apelación.

Se exceptuaban empero los actos del procedimiento que era necesario realizar para salvaguardar los derechos, como el caso de que la acción se prescribiera durante la feria, o se extinguiera por la muerte de uno de los sujetos, como las acciones penales de hurto, de daño, de injuria, de injurias atroces, de incendio, ruina, naufragio, o las derivadas del saqueo de una nave y similares.

Si se trataba de la prescripción se permitía llegar hasta la litis contestatio porque con este último acto se interrumpía.

Se admitieron además en la feria las siguientes causas: 1o.) La designación de tutores y curadores y las originadas porque los designados no actuaban como correspondía. 2o) Las concernientes a las excusas de los tutores y curadores; 3o) la fijación de alimientos; 4o) la determinación de la edad de las personas; 5o) la missio in possessionem sobre los bienes

del padre o abuelo difuntos a favor del concebido o como cautela para la conservación de una cosa, o a título de legado, de fideicomiso o de-daño temido.6o) La exhibición de testamentos;7o) La designación de curador para los bienes del difinito, cuando era incierto si habría herederos;8o) La adición de la herencia sospechosa de insolvencia;9o) El reconocimiento de las injurias atroces;10o) La libertad que se reclamaba en virtud de fideicomiso;11o) Los juicios relativos a la libertad de una persona;12o)las acciones contra el que recibe algo para obstaculizar la libertad de comercio de las ferias, contra el cuál podía procederse en cualquier tiempo, lo mismo si se trataba de la custodia de los delincuentes o de la instrucción de los delitos públicos como la sedición;13o) Actos voluntarios como la emancipación podían celebrarse en días feriados;14o) Las causas fiscales y públicas que podían instruirse durante los dos meses de la vendimia y la cosecha, y lo mismo ocurría con los pleitos de los panaderos para evitar que estos pudieran dejar de realizar sus tareas.

Prohibieron las constituciones imperiales que en los días feriados consagrados por la religión cristiana, como el domingo, se llevaran a cabo juegos de circo, o representaciones teatrales, y en general la realización de tareas que no fueran indispensables.

Además de las ferias podían influir en el deber de comparecer-que examinamos, la concesión de una dilación ó prórroga, que podía ser otorgada por un magistrado o por un juez pedáneo. No en todas las causas se admitía sin embargo tal beneficio, ya que quedaban excluídas las que se ventilaban ante el consistorio del príncipe, o ante un juez especial designado mediante rescripto del emperador. Fuera de ello, era factible obtener la "dilatio" invocando y justificando una causal que debía apreciar el magistrado, aunque en la controversia interviniera el Fisco-

Tratándose de pleitos civiles, de naturaleza pecuniaria, no se concedía la prórroga sino una sola vez a cada parte; pero en las causas capitales se podía dar al acusado tres y al acusador dos prórrogas. La re

gla empero no fué rígida y se admitieron excepciones siempre que mediaran circunstancias excepcionales.

Se reguló en lo posible también el plazo máximo de la dilación que se fijó en tres meses si la causa que se invocaba podía solventarse en la misma provincia que se ventilaba el proceso, o de seis meses si ello debía ocurrir fuera de la misma, en una provincia próxima; en caso de que se tratara de una provincia ultramarina el tiempo se extendía hasta nueve meses.

La referida prórroga podía obtenerse tanto para comparecer como durante el período de prueba y podía fundarse en la necesidad de consultar un documento que estuviera en otro lugar que el del tribunal dónde se ventilaba la litis, o en obtener la declaración de un testigo que se consideraba fundamental para el decurso del proceso. En la computación del plazo de prórroga se incluían los feriados.

Las partes no podían solicitar la dilación al magistrado cuando este actuaba de plano, sino cuando lo hacía en el tribunal, atento a que hay que justificar el motivo que se invoca, y ello podía dar origen a una encuesta ordenada por el pretor. Ni aún con el común acuerdo de los litigantes podía prescindirse de ese requisito.

233o.) La litis denuntiatio.- Con Marco Aurelio sufrió el procedimiento preliminar una modificación importante; en lugar de la "in ius vocatio", se comenzó a utilizar, sin que aquélla desapareciera, la "litis denuntiatio", acto por medio del cuál se manifestaba al adversario la acción que se iba a intentar contra él. Se hacía por intermedio de la autoridad. En el Codigo Teodosiano, lib. II, ley 2, hallamos una constitución o un rescripto o un mandato dirigido por Constantino a Máximo prefecto del pretorio, dónde se lee que podía hacerse la referida denuncia ante los "rectores" de las provincias, o ante quiénes tengan igual derecho por decisión imperial, con la finalidad de que no se instaure proceso contra quiénes están muerto o ausentes o no han podido ser encontratos, y para evitar falsificaciones. Ello nos lleva a la conclusión de que al principio se haría tal acto sin intervención oficial alguna; la hacía el actor, en presencia de testigos, en forma oral, pero solía consignarse al

citado una copia escrita conteniendo los fundamentos de hecho y de - derecho.Luego se exigió para evitar fraudes, la intervención de un oficial público.

El citado tenía que comparecer a juicio en un día determinado esto es ante el tribunal del magistrado, sin necesidad de otros requisitos.

Se ha sostenido también que la "litis denuntiatio" fué al principio un acto particular porque era el equivalente de la antigua "inius vocatio", y sólo cuando el citado desobedecía la intimación y no - se presentaba "in iure", se pediría la intervención del magistrado quién le ordenaría comparecer una o tres veces perentoriamente en el plazo de 10 días.

Mientras el Código de Teodosio II regula la institución en los títulos 4, 5 y 6 del libro 2o.la misma ha desaparecido del Código de - Justiniano.

Los interdictos, la querella de inoficioso testamento, las acciones de la tutela, las relativas a las deudas que constaban por escrito, y las que no excedían la suma de 100 sólidos, se hallaban exceptuados de la litis denuntiatio; bastaba en tales casos pedir al magistrado la citación ante su tribunal del que iba a ser demandado, el que hacía lugar mediante un decreto que se notificaba por ujier con consignación de - un esceito o libelo.

234o.)El Libelo.- La citación y emplazamiento que en forma excepcional se hacía en la etapa precedente por decreto del magistrado, - terminó por convertirse en la manera común de iniciar los procesos.Por las Novelas 53, 96 y 112 dispuso Justiniano que el actor debía registrar su demanda escrita (libelo) en el juzgado (apud acta), y el "apparitor", delegado judicial, ofrecía al demandado ese libelo y lo citaba- ante el tribunal.El demandado debía comparecer dentro del plazo fijado, contando con 20 días para resolver si iba a ceder ante la pretensión del adversario o bien a litigar, o para recusar al juez y solicitar otro en su lugar.Recibido por el demandado el libelo de manos del ujier(apparitor), debía el primero en su escrito de responder indicar la recepción -

de la demanda así como el día, mes y año, y suscribir el escrito. Igualmente tenía que pagar los gastos fiscales (sportulas). Si se atenía al plazo de 20 días debía dar fiadores que garantizaran su comparencia ante el tribunal el día señalado. El actor debía dar caución al demandado de que la litis se trabaría dentro del plazo de 2 meses, de que permanecería en el juicio hasta el fin, y de pagar la décima parte del valor de lo reclamado en el libelo a título de costas, si resultaba que había litigado en forma temeraria.

235o.) Editio actionis.- Cumplida la "in ius vocatio", tenía lugar ante el tribunal del magistrado, la "editio actionis". Dice Ulpiano en D.2, 13, 1, que el que quiere actuar por acción, debe "eam edere", esto es hacerla manifiesta al adversario para que este sepa a que atenerse, a saber si ha de allanarse o ha de litigar con la otra parte.

Con el procedimiento primitivo de las "legis actiones", la editio consistía en el cumplimiento de ciertas formalidades, propias de cada una de las acciones que constituían el sistema procesal antiguo.

Durante el procedimiento formulario la "editio", sólo concernía a la fórmula o acción, pero no a la excepción y se comprende que así fuera porque aquélla y sólo ella era el fundamento de todo el proceso.

La litis denuntiatio y el libelo hicieron innecesaria esta etapa procesal.

La importancia de la misma se hallaba en la naturaleza de la "in ius vocatio" que no presuponía el conocimiento de los hechos y del derecho que iba a invocar el que pretendía accionar, por lo que resultaba imprescindible que en determinado momento se instruyera al que era llevado ante el tribunal del magistrado, sobre los pormenores de la pretensión que contra él intentaba su contrincante.

Cuando con la "litis denuntiatio", se acostumbró a dejar al que se demandaba una copia de la demanda, desapareció el requisito formal que nos ocupa, y ello se explica porque entonces ya no tuvo razón de ser el procedimiento por fórmulas. Con mayor motivo no hubo cabida para el mismo con la introducción del proceso por libelo.

La circunstancia empero de que la "editio", se halle reglamentada con detalles en el Digesto de Justiniano, pone en evidencia que subsistió el antiguo procedimiento de la "in ius vocatio", aún en los tiempos de ese emperador, y que luego la edición de la acción se convirtió en el escrito de demanda, dónde el actor expone los hechos y el derecho en que funda su pretensión.

Durante el procedimiento formulario y aún con el Bajo Imperio el "edere", no involucra solamente la elección de una fórmula establecida en el Edicto general sino también la determinación precisa de lo que se reclama en cuanto a género, cantidad y calidad, para que pueda instruirse de ese modo al adversario sobre todos los pormenores de la pretensión que contra él se deduce. Y asimismo comporta la manifestación de los documentos de que se quiera valer el actor en el proceso, siempre que no existan copias en poder del demandado. Por esta última razón no era necesario que el legatario que reclamaba el legado acompañara copia del testamento pues se presumía que el heredero debía tener una en sus manos.

Del deber de manifestar al adversario los documentos no estaba eximido siquiera el Fisco, el que si reclamaba ante los tribunales administrativos el pago de una contribución era compelido, a pedido de parte, a exhibir los libros para determinar cuanto había ya pagado el deudor.

El demandado en cambio no estaba sujeto a exhibir los documentos propios, no resultando lógico que el actor pretendiera fundamentar los hechos de su pretensión en pruebas que pertenecían a la otra parte- la prohibición de compeler a un individuo a producir prueba en su contra era más estricta y severa en las causas criminales.

En materia civil el principio no era tan absoluto, por lo que con conocimiento de causa podía el magistrado apartarse del mismo y exigir que el demandado produjera determinado documento. Las referidas excepciones tendrían lugar sobre todo en materias fiscales, en especial cuando podía presumirse con fundamento que los originales que debían estar en las oficinas públicas, habían sido substraídos, o bien si el deman

dado manifestaba su voluntad de servirse de documentos que tenía en su poder.

La prohibición de compeler a la parte a producir documentos propios como prueba se refería a los documentos privados, ya que nada impedía a los jueces servirse de los instrumentos públicos, fueran de carácter civil o criminal.

La emisión de tales documentos debía hacerse sin fecha (sine die et consule) para evitar falsificaciones, salvo que se tratara de la fecha de vencimiento de la obligación o de cuentas de gestión; lo primero porque la disposición versaba sobre la fecha en que se había redactado el instrumento y no sobre el plazo de la estipulación que formaba parte del contrato; y lo segundo, porque de lo contrario no hubiera podido determinarse las entregas y pagos realizados entre las partes.

El edicto del Pretor sobre esta materia se completaba con un capítulo relativo a los banqueros, los que debían exhibir sus libros o parte de ellos a pedido del particular interesado con el cuál tenían o habían tenido cuenta, en pleito en que este último interviniera, fuera contra aquél o bien frente a un tercero. La falta dolosa de exhibición originaba una acción in factum por el interés que el perjudicado tenía en la manifestación de esos documentos.

236o.) La acción.- Durante los dos primeros períodos de los 3 en que se divide la historia del procedimiento romano, la acción tuvo una significación muy diferente a la que corresponde a la última fase del mencionado desenvolvimiento, ya que en aquéllos la idea de "actio se halla determinada fundamentalmente por estas dos circunstancias: 1o) la substitución de la lucha armada entre los contendientes por la pugna dialéctica; 2o) las resolución de la controversia, en forma indirecta o directa, no por el magistrado sino por un particular o por un cuerpo permanente que no tiene el carácter de órgano estatal o de la comunidad.

La acción fué así el presupuesto indispensable de la existencia del juicio por cuanto sin el otorgamiento de la misma por el magistra-

do resultaba imposible llevar la contienda a su etapa "in iudicio", en-la cuál se produciría la prueba y se llegaría a la sentencia.

La circunstancia de que nadie pudiera actuar con efecto jurídico en materia procesal sobre la base de las normas abstractas establecidas-por el derecho civil, sino mediante la mediación solemne, según los casos, de los magistrados religiosos o laicos, hacía imprescindible una fase previa de conocimiento durante la cuál se cumplían los pasos necesa - rios para que pudiera celebrarse todo cuanto era menester a los efectos de entrar en el ulterior debate judicial.

La acción fué entonces el requisito "sine qua non", para obtener la decisión de un conflicto por medio del juicio por jurados, con sus - dos instancias o etapas, "in iure", e "in iudicio". Pero tenía además o-tro y fundamental sentido; así como los particulares no podían organizar un debate judicial sin la intervención del magistrado, del mismo modo-el "iudex", el "árbitro", privado o los centumviros no podían aplicar - las normas del derecho por cuanto eran particulares y no funcionarios; de manera que se hacía indispensable la concesión de la acción por el pretor o el gobernador de la provincia.

Ello quiere decir que de elegirse la vía procesal mediante la - acción había que solicitar esta al magistrado y una vez obtenida, inclu yendo la designación del "iudex", y también las defensas, y en el proce dimiento formulario, las excepciones del demandado, constituía la mate ria del debate judicial y era el presupuesto para que el juez pudiera a plicar las normas del derecho objetivo.

La "iurisdictio", o sea la "jurisdicción" era la potestad que tenía el magistrado o el promagistrado de organizar un proceso conforme al régimen de la acción. Por lo tanto en la medida que se actuara de a cuerdo a ese sistema, corresponde hablar de un proceso jurisdiccional - por vía de la "actio". Más como también podían resolverse ciertos conflictos "extra ordinem", a saber con exclusión de la acción y de la doble etapa "in iure", e "in iudicio", resulta claro que había además un-proceso sin jurisdicción, que era aquél en que el Estado intervenía di - rectamente en el conocimiento y decisión de la controversia.

Finalmente cuando en el Bajo Imperio se implantó definitivamente y para todos los casos la "cognitio extraordinaria" no se dejó de lado la acción, pero esta se transformó en el derecho de peticionar a las autoridades en caso del desconocimiento del propio interés que se pretende jurídicamente tutelado. Había perdido el concepto la acepción más neta que desde entonces hasta nuestro tiempos haya tenido, originándose la confusión que, actualmente, reina sobre la materia.

La misma alteración sufrió la idea de jurisdicción, ya que al desaparecer el procedimiento formulario perdió su antiguo y preciso contenido y se convirtió en la facultad o poder de resolver los conflictos entre los particulares, que tenía el magistrado como representante del Estado y en posición de tercero con respecto a los intereses en pugna.

De ese modo la acción terminó por considerarse el derecho de obtener en justicia la reparación de una pretendida lesión del interés que la ley protege. Pero que no había sido eso al comienzo, lo prueba la misma definición que nos da Justiniano en sus Instituciones, dónde dejando de lado por el momento la última frase que la hace incompleta se dice que la acción es el derecho de perseguir "in iudicio"..., esto se concuerda sin duda con el período de la división del procedimiento en las dos etapas conocidas, "in iure" e "in iudicio", y se ajusta exactamente a lo que entonces y en la época de Celso de quién se tomó la definición, era la "actio", a saber el derecho que surgía de la fase desarrollada ante el tribunal del magistrado o del promagistrado para desenvolver el debate ante un juez privado o bien ante un organo permanente, como el de los centumviros o decenviros que no obstante su estabilidad, repetimos, no dejaban de estar al márgen de la propia organización constitucional de la comunidad estatal.

Pero en la época del sobrino de Justino las cosas habían cambiado al punto que la antigua acepción de la palabra "iudicium", había desaparecido y se entendía por tal el procedimiento ante el tribunal del magistrado que a su vez se había convertido en juez. En su primitivo significado no hay duda que el juicio era una de las dos fases-

del viejo procedimiento, sea el de las acciones de la ley o el formulario, y se refería precisamente a aquél momento en que la causa o el pleito pasaba de las manos de la autoridad, a la de los organos privados encargados de llevarla a su fin.

La acción comenzó por ser una serie de actos solemnes que debían realizarse ante la autoridad religiosa o laica, sin omitir ninguno de los detalles de la forma sacramental establecida por el Colegio de los Pontífices, como substitutivos de la lucha o del combate con que se resolvía antaño la contienda entre los hombres. Fué al principio un conjunto determinado de formalidades, impregnadas de acentuados tintes religiosos, en cuyo ulterior desenvolvimiento se llegó a la secularización de las mismas por medio del procedimiento formulario, que en esencia conservó su primitiva naturaleza. Lo que cambió con respecto a las "acciones de la ley" fué que mientras estas estaban en número fijo y determinado, con las fórmulas se admitió la posibilidad de que pudiera, por obra del magistrado, introducirse otros modos de accionar, con lo cuál lo que había configurado un orden cerrado e inmutable, adquirió la flexibilidad de un sistema abierto. Desde que el magistrado pudo crear "fórmulas" o acciones, se produjo el interesante fenómeno que todavía nos asombra, ya que múltiples relaciones de la vida que por su origen y naturaleza no se hallaban comprendidas dentro de los cerrados marcos del derecho quiritario, pudieron ser llevadas al juicio por jurados.

Quiere ello decir que mientras el sistema de las "legis actiones" sólo conoció cinco maneras de actuar en justicia, el formulario admitió tantas como los magistrados recibían en sus Edictos, luego de experimentar la bondad de las mismas por los usos del foro. Se enriqueció así no solo el ámbito procesal, sino también el del derecho sustantivo, por cuanto la reforma implicó; a) la creación de medios más flexibles y adecuados para la solución de los conflictos regulados por el viejo derecho; b) que relaciones nacidas al márgen del derecho quiritario hallaran su acogida en el procedimiento romano, penetrando así el derecho de gentes en la esfera procesal, con las insospechadas consecuencias que ello produjo, y c) que se multiplicaran en grado sumo los modos de actuar en justicia.

Pero la "acción" terminó siendo la reclamación interpuesta ante los órganos competentes del Estado para obtener una pretendida satisfacción ó tutela de un interés que se dice protegido por el Derecho, la finalidad primordial de la "actio", es suplantar la venganza privada la lucha material entre las partes por el combate judicial, por la pugna dialéctiva.

La "actio" es al principio una ficción de combate; el Estado prohibe que nadie se haga justicia por mano propia; le ofrece en su lugar al que se considera lesionado, otro remedio: la acción. Esta tiene por objeto que los ánimos se calmen y serenen, de ahí que se la rodea de formalidades estrictas, las que no persiguen otra cosa que fijar la materia del debate; una vez que se ha logrado tal cosa, la autoridad todavía impotente, no tiene otro recurso que dejar al arbitrio de las partes que resuelvan el conflicto de la manera que les resulte mejor. Si optan por someterlo a un tercero, enhorabuena, pero al comienzo de todo este proceso es lógico suponer que no existiera la posibilidad de imponerlo a las partes. Con el transcurso del tiempo y la formación de hábitos correlativos, es indudable que lo que habría sido facultativo, se convirtió en obligatorio, sin perjuicio de mantener en el procedimiento elegido la impronta de las viejas instituciones. Pasó entonces a ser la acción, la instrucción del futuro debate ante quiénes no eran magistrados ni funcionarios, sino simples particulares. Posteriormente, cuando se asentó la autoridad estatal, con la "cognitio extraordinaria", se transformó la acción en la instancia a la autoridad para que, siempre que se cumplieran determinadas formas, pudiera entrar a conocer y a resolver el conflicto.

Por otra parte, desde que el Estado a través de sus representantes, tuvo a su cargo toda la instrucción y decisión del proceso, resultaba inútil un período previo dónde no sólo se determinaban los requisitos de validez formal, sino también los elementos destinados a facilitar y a permitir la aplicación del derecho objetivo por el juez, con lo que también se extinguió uno de los atributos fundamentales que tuvo la acción durante el período de las "legis actiones" y del procedimiento

formulario, que fué el de legitimar la aplicación del Derecho por particulares.

Por último la "actio" en las dos primeras fases de su historia, tuvo por finalidad esencial designar al tercero que estaría encargado de decidir el litigio, esto es, el juez, necesidad que desapareció cuando el mismo magistrado, en todos los casos y por efectos de la reforma que implantó Diocleciano, fué el que instruyó y decidió el pleito.

Los romanos no tuvieron una idea precisa de la "acción"; tratándose de las "legis actiones", entendían por tal el solemne procedimiento utilizado para componer sus diferencias jurídicas. En el procedimiento formulario, se sirvieron de la expresión "fórmula".

Siempre con respecto a esa etapa del procedimiento, suelen a veces considerar a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe; o sea que vinculan la "actio" con la obligación, y emplean el término "petitio" para designar la reclamación de un derecho real. En cambio la expresión "persecutio" les sirve para designar a uno y otro género de acciones. Dice así Papiniano en D.44, 7, 28: "La acción es la que se dirige contra una persona; la petición, contra una cosa; la persecución, tanto contra una cosa como contra una persona por gracia de perseguir una cosa".

Ulpiano en D.50, 16, 178, 72, enseña que "La palabra acción es especial y general. Pues se llama así toda acción, sea contra la persona, sea una petición contra la cosa; pero muchas veces solemos llamar acciones a las personales". "Con la expresión "petición" se denominan las acciones contra la cosa. Y en el término persecución pienso que se contienen las persecuciones extraordinarias, como las de los fideicomisos y otras similares, que no se realizan por los medios ordinarios de derecho." Surge así, conforme a este jurista, otro sentido de la palabra" persecutio, o sea la actuación ante el magistrado o el promagistrado mediante un proceso sin jurisdicción ni acción, fundado en el "imperio" cuya instrucción y resolución corresponde al Estado.

Justiniano al reproducir en sus Instituciones, lib.4, tit.VI, pr. la antigua definición de Celso, da a la acción un sentido general, compren-

diendo tanto la reclamación de un derecho personal como de un dere - cho real;todo lo cuál nos indica que,con motivo de la profunda evolución que el procedimiento había sufrido,se llegó a una incertidumbre en el concepto de la acción,propia como hemos dicho de los últimos - tiempos del Derecho Romano.

Para poder en consecuencia formarnos la idea más completa po sible al respecto,tendremos que estudiar en particular las "acciones de la ley"y luego las "fórmulas",para lo cuál se impone que nos ocupemos aunque sea sumariamente de esas dos primeras etapas del derecho proce sal romano.

237o.) Las Legis Actiones.- Estudiemos en primer lugar las acciones de la ley;por las Instituciones de Gaio sabemos que fueron cinco; a tres se las suele llamar declarativas,y a las dos restantes de ejecución Fueron:la legis actio per sacramentum, la legis actio per iudicis postulationem, la legis actio per condictionem, la manus iniectio y la pignoris capio.

Las características fundamentales comunes a todas ellas fueron- las siguientes:1o) El formalismo;constituían fórmulas sacramentales a - las que había que atenerse,con riesgo de perder el pleito si se incurría en alguna omisión o error.Célebre es el ejemplo que nos da Gaio al se ñalar que si en lugar de utilizarse la palabra "árboles",se decía "vides en la legis actio per sacramentum in rem,era suficiente para resultar - vencido por un defecto formal.Desde luego este rigor obedecía al ori - gen de las acciones que estudiamos;habían nacido para suprimir la vio lencia privada,revestidas de evidentes matices religiosos,todo lo cuál - justificaba que se diera tanta importancia al aspecto verbal de las ex - presiones;2o) Se hallaban limitadas,porque su esfera de acción se cir - cunscribía a los ciudadanos romanos,dentro de territorio regulado por - el derecho de la ciudad del Tíber,y sobre cosas contempladas por la re gulación quiritaria,razón por la cuál la fundamentación de las mismas reposaba en el derecho civil en sentido estricto.3o) Su base estaba en - consecuencia en el ius civile,de cuyos rasgos que ya hemos señalado - participan,constituyendo parte integrante del mismo,con todas las con

secuencias que ello significa. 4o) Fueron abstractas, o sea que no respondieron a un caso concreto sino que sirvieron en general, y con ciertas restricciones que se explican por la naturaleza misma de cada acción, para todos los supuestos que se hallaban contemplados por el derecho civil.

Poco era por cierto lo que se sabía sobre las "legis actiones" hasta el siglo pasado, en que con el descubrimiento del palimpsesto de Verona, realizado por Niebuhr, se obtuvo el libro IV de las Instituciones de Gaio que hasta entonces se conocía por los incompletos fragmentos logrados de la Ley romana de los Visigodos, el compendio que resumía en dos los cuatro libros de la obra elemental del citado jurisconsulto romano. Posteriormente y durante nuestro siglo, papiros hallados en Egipto han permitido todavía un mayor conocimiento de esta, por ahora y en cierto sentido incomprensible materia.

Fué la acción de la ley por el sacramento la más antigua de las tres acciones que se suelen denominar declarativas. Consistía en una apuesta que realizaban las partes en conflicto, sobre la cual debía versar la decisión del colegio de centumviros o del juez. Servía tanto para las reclamaciones in personam como para las in rem y tenía evidente carácter penal por cuanto mediaba una apuesta consistente al principio en animales de rebaño y posteriormente en una suma de dinero, que perdía la parte que resultaba vencida.

Lo característico de la misma es que la materia del debate judicial no la constituía la controversia en sí, sino la apuesta que los interesados realizaban.

Gaio en sus Instituciones, libro IV, 16, nos da un ejemplo de la acción por sacramento correspondiente a la reivindicación de un esclavo. Comienza por señalar que la cosa mueble en cuestión era llevada ante el tribunal del magistrado, "in ius"; una vez allí, el que la reivindicaba, teniendo en sus manos una varilla, "festuca", la aprehendía (en el caso, tomaba al esclavo) y decía: "Declaro yo que este hombre es mío por el derecho de los quirites, conforme a su causa, como dije; he aquí que sobre tí impuse la vindicta", y tocaba simultáneamente al esclavo con la varilla. Su adversario pronunciaba iguales pa

labras y realizaba los mismos actos, reivindicando a su vez al esclavo. Terminado ello, el pretor ordenaba: "Dejad libre ambos a este hombre."; las partes le obedecían, y el que había vindicado en primer lugar preguntaba: "Te pido que digas, en virtud de que causa reivindicaste." El interrogado decía: "Obré con derecho al imponer la vindicta." Entonces la otra parte afirmaba: "Puesto que has reivindicado contra derecho te provoco al sacramento de 500 (ó 50) ases", y su contrincante decía: "Y yo a tí."

Cuando el litigio era de 1.000 o más ases el sacramento era de 500 ases; si se trataba en cambio de un valor menor, se hacía por 50 ases. Si la causa versaba sobre la libertad de un esclavo, cualquiera fuera el valor de este, la multa siempre era de 50 ases: Gaio, Inst. lib. 4, 14.

Señala Varron, en su Tratado de la Lengua Latina, lib. V, n. 180 (Colección de Clásicos Latinos de Nizard, p. 507), que la palabra "sacramentum" deriva de sagrado, y que quién reclama y quién contradecía depositaban 500 ases en el puente, en ciertas causas; en otras lo hacían con el número de ases previsto por la ley; el que vencía retiraba su depósito, y en cambio la suma por el vencido pasaba al erario. Por Gaio Inst. lib. 4, 14, sabemos que la ley a que se refiere Varron es la de las XII Tablas.

En verdad la expresión "ad pontem" que emplea el retórico citado no puede referirse literalmente al puente, sino al colegio de Pontífices ante el cual se hacía el depósito.

Enseña Gaio que en su época, en cambio, la apuesta del vencido se daba al vencedor, Inst. lib. IV, 13 in fine.

Sin duda que estas noticias nos dan una idea incompleta de lo que fué la institución en sus orígenes; comencemos por señalar lo sospechoso que resulta la referencia a una suma de dinero, ya que como es sabido, la acuñación de la moneda fue posterior a la ley de las XII Tablas, por lo que es de creer que en los primitivos tiempos, no consistiría el sacramento sino primero en ganado y posteriormente en barras de cobre. Detalle este que carecería de importancia sino existieran otros puntos obscuros al respecto que la crítica moderna no ha logrado aún dilucidar.

Llama así la atención que se diga que el sacramento pasaba al Erario o se hacía público, es decir del "populus", ya que tales términos se refieren a una etapa de la evolución histórica en que indudablemente se había asentado el predominio de la comunidad territorial.

Se plantea igualmente la pregunta, de cómo se haría efectiva la decisión judicial, tratándose de la acción reivindicatoria cuando la posesión de la cosa no la tenía el vencedor, y si era una acción "in personam", de qué manera se compelería al vencido a cumplir la prestación?

Arduos problemas que han merecido la más atenta consideración de los estudiosos, pero que no hallan adecuada solución por falta de elementos atento el silencio que al respecto guardan las fuentes.

Para responder a estas preguntas debemos comenzar por distinguir tres etapas en el desarrollo de esta legis actio: 1o.) época primitiva correspondiente a la organización cliánica; 2o.) época o fase de la "civitas"; 3o.) época del imperio.

Durante la primera, cuando no se conocía ni la moneda ni siquiera el metal en barras, el sacramento consistiría en un conjunto de animales de rebaño que se depositarían en el templo de los Pontífices. El procedimiento tenía una finalidad: suplantar el combate verdadero por una lucha judicial, cuya preliminar organización correspondía a los sacerdotes y luego al rey. El carácter penal del mismo era evidente y se justificaba por cuanto la ausencia de un concepto definido de la obligación imponía el cumplimiento de las prestaciones que constituían el sacramento a priori, antes de que se llegara a solución alguna. No vale la pena insistir sobre la naturaleza religiosa de la institución; el que perdía el sacramento recibía un juicio de las divinidades que sería bastante, atento la fé o superstición de esos tiempos, para que sin mas se diera cumplimiento por el vencido a la sentencia pronunciada por el juez.

La consolidación del poder territorial y de la autoridad de la comunidad ciudadana determinó ciertos cambios en la primitiva institución. La misma secularización de las instituciones jurídicas influyó asimismo sobre este singular procedimiento determinando que la multa

pasara al Erario o al "populus" conforme señalan Varron y Gayo. Asimismo la espiritualización del derecho significó que pudiera suplantarse el depósito efectivo del ganado o de los lingotes de cobre por una obligación. Aparecieron entonces los vades o los praedes litis et vindiciarum, es decir las personas que se sometían a la venganza o a medidas coercitivas para el caso de que las partes por quienes respondían resultaran vencidas.

Finalmente y aún en la etapa de la "civitas" y como consecuencia del desarrollo que experimentó el concepto de obligación, se substituyó la responsabilidad de los terceros por la del mismo interesado en el pleito, surgiendo así el procedimiento por sponsio. La sponsio hacía que el mismo sujeto del pleito se obligara al pago de la multa.

En la época del Imperio se conservaron estos rasgos hasta que por una reforma que en sus detalles ignoramos se dispuso que el importe de la pena, en lugar de pasar al Estado, lo percibiera el que resultaba vencedor.

Queda en la duda empero qué ocurría con la ejecución de la decisión en cuanto al fondo del asunto, en lo que concernía a la materia directa del proceso. Con respecto a la reivindicación se sostiene que es necesario distinguir 3 casos: a) que la parte que ganaba el pleito hubiera obtenido por el pretor la posesión de la cosa. Aclaremos para comprender este supuesto que luego que el pretor había ordenado la separación de los sujetos del bien que se hallaba en disputa, y de realizada la invitación a la apuesta, el magistrado procedía, antes de que conocieran los interdictos, a la licitación de la posesión, adjudicándola provisionalmente a aquélla de las partes que ofreciera las mejores y más altas garantías consistentes en terceros que salían como fiadores de la restitución. De triunfar el que tenía esa posesión, no había problema pues se mantenía en la misma, convirtiéndose ella de circunstancial y transitoria en definitiva. b) En el supuesto de que el vencedor fuera quien no tuviera en su poder la cosa, se enseña que sino la restituía con sus accesorios el vencido, se daba acción contra los "praedones" que habían garantizado la devolución del bien y el pago de los daños y perjuicios así como el valor de los frutos y las costas del juicio.

Hay además otra particularidad; tratándose de la acción in rem era necesario que ambas partes probaran la propiedad sobre el objeto, - es decir que tanto el actor como el demandado debían justificar su derecho de dominio. En caso de que ninguno lo hiciera perdían la apuesta aunque el que había obtenido la posesión interina la conservaba hasta que apareciera el verdadero propietario.

Este procedimiento abstracto, general como Gaio lo llama, se prestaba para resolver cualquier controversia que pudiera suscitarse entre particulares, aunque no tuviera como contenido una cuestión estrictamente jurídica. De ahí que Valerio Maximo en sus Memorabilia, lib. II, cap. 8, 2o. (edic. de Nizard, p. 609) nos relate un curioso suceso. Se disputan en Roma el triunfo el cónsul C. Lutacio y el pretor Q. Valerio con motivo de una victoria naval conseguida por la flota romana sobre la cartaginesa en aguas de Sicilia, durante la 1a. guerra pública. El Senado había discernido el honor al cónsul pero el pretor lo cuestionaba sobre la base de que al tiempo del combate Lutacio se hallaba durmiendo, de modo que él en definitiva había sido el que había tenido a su cargo la conducción del mismo. Desde luego que desde el punto de vista del derecho público la cuestión había sido resuelta sin apelación por el Senado, pero aparece ser que Q. Valerio no se conformó y demandó por la legis actio por sacramento al cónsul, obteniendo este la victoria en el proceso. Como se ve, por lo que queda dicho se - comprende que podía ser materia de la apuesta judicial hasta un hecho no jurídico, como el determinar a quien había correspondido en justicia los honores de una acción militar. Dice el autor que "Valerio mediante la sponsio provocó a Lutacio", signo característico del procedimiento de la legis actio por sacramento.

Lo que antecede corrobora el carácter penal del proceso y justifica además en cierta medida que en las pocas fuentes que tenemos al respecto no se mencione lo que pasaba con respecto a la cosa objeto - del litigio. Basta pensar en que cuando se ejercía la venganza privada no se trataba de obtener la restitución del bien en litigio o el cumplimiento de la prestación, sino el de causar un mal en la persona del ofensor o del deudor renitente. Que tiene de extraño entonces que por -

el procedimiento de la acción por sacramento se persiguiera el mismo fin, con la particularidad de que al ignorarse a priori quien tenía razón se expusiera también al quejoso a igual sanción en caso de que su reclamación resultara infundada?

Desde luego el que sabía que iba a perder la apuesta, y eso podía naturalmente saberlo de antemano, corría un gran riesgo si se avenía a realizar el juicio; le convendría allanarse y restituir la cosa a su propietario o bien dar cumplimiento a la obligación. Cabe imaginar que el sacramento por su cuantía resultaría siempre gravoso para la parte vencida. No se nos escapa que a esto puede objetarse que en todo caso siempre el importe de la multa era inferior al valor de la cosa o de la prestación, 500 ases cuando el objeto litigioso era de 1.000 o mas ases o 50 en caso de ser menor. Sin embargo no tiene nada de extraño que así ocurriera cuando todavía no se conocía la manera de hacer efectivo en forma directa el interés del dueño o el del acreedor. Sabemos que muchas de las obligaciones que fueron luego contractuales empezaron siendo penales. Esto no excluye que en fases posteriores de la evolución se llegara además de la multa a la ejecución de la finalidad que la parte vencedora perseguía con su reclamo judicial.

Es indudable que la característica fundamental de la legis actio per sacramentum la constituye la apuesta, pudiendo ser motivo de la misma cualquier objeto, hasta una simple discrepancia de opiniones sobre una cuestión no jurídica, por lo que hasta una discusión en punto a cualquier tema, como por ejemplo si Ticio fue o no cónsul en tal año, se prestaba a ser resuelto mediante tal procedimiento, como lo demuestra el caso que cuenta Valerio Maximo.

Si Ticio afirma ser propietario de una cosa, y Seyo lo niega, con prescindencia de si uno u otro tiene la posesión, puede hacerse la apuesta depositando al principio la suma en el Colegio de los Pontífices, dando luego garantes del pago de la misma, y obligándose finalmente por sponsio ambos interesados. De la misma manera si Cornelio afirmaba que Lucio le debía 1.000 ases, era posible decidir el conflicto por la legis actio que nos ocupa, mediante la pertinente apuesta, sobre cuya justicia o injusticia debía resolver el juez. Lo que significa -

que preocupaba sobre todo no el fondo de la cuestión sino el aspecto formal y aleatorio.

Para nosotros la imperfección del sistema radica en que precisamente la litis no tenía resolución, por cuanto solo de manera indirecta se alcanzaba el objeto a través del temor que podía infundirse a una persona con la posibilidad de perder el sacramento. Las razones religiosas que podían a su vez coadyuvar al influjo ejercido por la sanción penal, podrían explicar el silencio que las fuentes guardan sobre el otro aspecto del problema, la decisión en cuanto al real contenido del litigio. Mas si se insiste por la doctrina que el juez solo podía pronunciarse en el sentido de si era o no justo el sacramento de las partes demás está decir que no podía haber sentencia sobre la causa que originaba esa singular apuesta.

Cabe también otra explicación; resulta en efecto imposible que sobre la base de una reclamación de los componentes de un clan, los de otro hubieran tenido, previa sentencia del juez, que restituir una cosa o cumplir una prestación. Cual podía ser en los primitivos tiempos el fundamento de tal exigencia, si no se conocía todavía la obligación ni existía el Estado colocado por encima de los grupos sociales y de los individuos? Todo conduce a suponer que solo sobre la base de un compromiso solemne y religioso, mediante la mediación de las autoridades civiles y eclesiásticas, era factible concebir una situación por medio de la cual pudiera solucionarse la dificultad que se presentaba con motivo de la autonomía relativa de los clanes. Ya es mucho que se pusiera coto a la violencia y en lugar de la misma se estableciera un arbitraje garantizado con el depósito previo de la multa.

Así serían las cosas en las fases del predominio gentilicio; con la aparición de la "civitas" y el cambio experimentado en las costumbres, con la inclusión de elementos extraños a la antigua composición de la comunidad, surgirían las contradicciones que originaba un sistema basado exclusivamente en el sentimiento religioso y en la idea de la penalidad que se impone al transgresor. Y sobre todo se comprendería como elemento esencial lo que hasta entonces había quedado oculto, esto es la satisfacción, en su caso, del vencedor en forma directa,

mediante la restitución de la cosa o el pago de una indemnización, o el cumplimiento de la prestación.

Sería entonces que surgieron los vades o vadimones, terceros - que garantizaban con sus personas, sometiéndose al duro derecho obligacional romano, el cumplimiento de las prestaciones pero y no solo el de la pena, en el supuesto de que el reclamante obtuviera una sentencia favorable. Hallamos aquí una etapa que coincide con - la evolución sufrida por la obligación, de modo que tampoco no tiene nada de extraño que en período ulterior se pasara a la "sponsio", es decir a la misma garantía suministrada por la parte interesada, y no ya por un tercero.

La circunstancia de que se recurriera a la obligación como factor destinado a asegurar el cumplimiento de la decisión judicial, explica también que la condena fuera siempre concebida en una suma de dinero. Aunque se haya puesto en duda esta característica en punto a la "legis actiones", no otra razón puede justificar el hecho de que la condena en el procedimiento formulario se resolviera en el pago de una indemnización pecuniaria. Sabido es que este último procedimiento copió el de las acciones de la ley, y difícil sería que un rasgo tan peculiar y en cierto modo inexplicable, no se hubiera tomado del sistema anterior.

Habrá subsistido la multa como resabio del primitivo carácter - penal y religioso de la acción por el sacramento. Sin duda que este punto de vista difiere del común, ya que los autores conciben la referida "actio legis" como puramente penal, sin excluir empero la posibilidad de que se ejecutara la decisión del juez para satisfacer el interés del - vencedor, manu militare. Es posible que ello haya ocurrido así, de todos modos habrá tenido lugar cuando en verdad la autoridad del Estado fue lo suficientemente fuerte para que efectivamente pudieran obrarse- sobre el individuo sustrayéndole la cosa que detentaba o bien compeliéndolo a cumplir la prestación que constituía el objeto de su obligación.

Sin duda como la legis actio per sacramento podía utilizarse, según se ha visto, para la resolución de controversias jurídicas, en tales supuestos, no se presentaría el problema ulterior de obtener que se llevara a cabo el fondo principal del asunto.

Cuanto antecede pone de manifiesto que la citada acción de la ley fue la simulación de un combate por apuesta que substituía al duelo real, y cuya finalidad era castigar de alguna manera, mediante la pérdida de la suma depositada a quien salía vencido de la contienda. Por tal razón en la estructura del procedimiento que consideramos no había referencia inmediata a la verdadera causa o a la litis que podía existir entre las partes.

Por supuesto que si alguien por haberse apoderado de la cosa ajena resultaba vencido en el sacramento y se mantenía en la posesión de la misma, incurriría al principio en el desagrado de los dioses y en la misma repulsa de la comunidad que consideraría al vencido como abandonado por el destino, hasta que finalmente se arbitrara la manera de poder dar cumplimiento a la decisión de manera mas efectiva, lo que debe haber tenido lugar cuando con la debilitación de los sentimientos religiosos se hizo necesario recurrir a otras sanciones.

Empero no puede ponerse en duda el carácter arbitral que siempre tuvo el procedimiento, ni siquiera haciendo resaltar qué antes de la ley Pinaria luego del procedimiento in iure, se mandaba a las partes ante un tribunal permanente, como el de los centunviros o el de los decenviros y no ante un "iudex" privado. La objeción que a primera vista parece seria carece de fundamento si se tiene en cuenta que aún esos tribunales permanentes no eran órganos estatales, sino jurados elegidos entre los componentes de las tribus por el magistrado (3 por cada una de las 35 tribus) y eran por consiguiente también jueces particulares.

Pero aunque no hubiera sido así, no podría atacarse el punto de vista referido en cuanto a la naturaleza del procedimiento por la acción de la ley que estudiamos, ya que son múltiples las pruebas que hallamos con respecto a su carácter de arbitraje.

Hemos dado un ejemplo del ejercicio de la acción reivindicatoria mediante el procedimiento del sacramento, y lo hemos hecho con relación a una cosa mueble. Si era un inmueble al principio el magistrado y las partes debían trasladarse al lugar donde estaba situado para luego proceder allí al simulacro del combate que ya hemos detallado. Posteriormente bastó con que se llevara ante el pretor un trozo de tierra.

Cuando se trataba de ejercitar una acción in personam, derivada de un crédito, tenía lugar tambien el sacramento, que comenzaba con una afirmación del reclamante concebida en estos términos: "aio te mihi dare oportere", esto es: "declaro que tu me debes dar (en el sentido de transferir el dominio de una cosa). El demandado podía negarlo o callarse, en ambos supuestos la otra parte le preguntaría en virtud de que causa negaba la deuda o callaba, y fuera que contestara que lo hacía en virtud del "derecho civil", o no dijera nada, lo invitaba a hacer la apuesta, diciéndole: porque con injuria, contra derecho, has negado o callado la deuda, te provocó al sacramento de 50 o 500 ases". Debiendo responder la otra parte: y yo a ti.

Hasta la sanción de la ley Pinaria las partes eran enviadas luego ante los jurados elegidos por el magistrado de un cuerpo permanente, el de los centumviros, con la mencionada ley se permitió designar un "iudex" tomado del album, y se otorgó a los litigantes el plazo dilatorio de 30 días para que volviera al tribunal a realizar la antedicha designación.

Probablemente para exigir el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la "sponsio" y de la "stipulatio" se creó un procedimiento nuevo, llamado de postulación de juez (actio legis per iudicicis postulationem) mediante el cual los contendientes se presentaban ante el magistrado, donde luego de exponer sus pretensiones y defensas, en términos también solemnes, pedían la nominación del "iudex". Estaba tomado del régimen del sacramento, pero se caracterizaba: 1o.) porque no era penal; 2o.) porque había desaparecido la apuesta y se sometía a la decisión del juez el asunto que disputaban las partes; 3o.) porque tenía por finalidad la designación del juzgador.

Gaio, Instituciones, lib. IV, 17 dice:" Se accionaba por postulación de juez si la ley en virtud de la cual se obraría así lo disponía, como la ley de las XII Tablas con respecto a lo que se pide sobre la base de una estipulación. El que accionaba decía: Declaro que en virtud de una "sponsio", tu me debes dar (transferir en propiedad) Diez mil sestercios: te pido que lo confieses o lo niegues. Si el adversario decía: que no los debía, entonces manifestaba el actor: Como niegas,

a ti pretor pido, solicito des juez o árbitro. "Y añade el autor citado - que en esta clase de procedimiento el demandado negaba sin temor de- incurrir en una pena.

Naturalmente que este sistema comportaba un progeso con respecto al anterior, no solo porque no tenía carácter penal, sino y sobre todo porque se sometía a la decisión del juez no una apuesta sino la - misma controversia jurídica que dividía a las partes.

Cabe señalar que en el caso de esta acción no existía la dila - ción de los 30 días para pedir la designación del árbitro o del juez.

Otras razones justifican también la creación de este procedimien to; así, por ejemplo, la legis actio per sacramentum funcionaba bien - en todos aquellos casos en que la cuestión podía decidirse por sí o no, pero era muy difícil sino imposible utilizar tal sistema tratándose de situaciones que exigían una valoración y se prestaban a un más y a un menos, como ocurría con los casos de partición de herencia o de un condominio. Para resolver estas situaciones es que también se dió la legis actio per iudicis postulationem.

Hacia el año 200 o 150 a de J.C. apareció un nuevo procedi - miento introducido por la ley Silia para exigir el pago de una cantidad cierta de dinero, y por la ley Calpurnia para exigir la entrega de una cosa también cierta. Se llamó este sistema: legis actio per condictio - nem y se actuaba así: el actor decía in iure: Declaro que tu me debes dar (entregar en propiedad) 10.000 sestercios: te pido que lo confieses- o lo niegues. El adversario contestaba que no los debía, entonces el accionante manifestaba: Como tu lo niegas, te cito (condico), te emplazo para que comparezcas al tribunal por causa de tomar juez. "Condicere", dice Gaio, Inst. lib. IV, 17, es en la vieja lengua, denunciar, y la acción de la ley se llamaba per condictionem, porque el actor anunciaba al demandado que compareciera a los 30 días para la designación del juez o del árbitro.

Lo que distinguía entonces a este procedimiento del de la postulación del juez, era la posibilidad de dilatar el nombramiento de aquel hasta 30 días después ; por lo demás era igual al primero. La palabra - condictio quiere decir citar, emplazar, de ahí que se llamara luego en

forma impropia a las actiones in personam, condictiones, ya que hacía tiempo que había desaparecido del procedimiento el uso de emplazos a la otra parte a los 30 días para nombrar el juez.

De manera que si no existía una ley que permitiera actuar por los dos procedimientos anteriormente indicados, había que recurrir a la legis actio per sacramentum que podía ser in rem o in personam.

Nos quedan por estudiar ahora las dos restantes actiones de la ley: la manus injectio y la pignoris capio.

Para utilizar la primera era menester que existiera alguna causa reconocida también por la ley, así la cosa juzgada, en virtud de la ley de las XII Tablas; o la cláusula de condena contenida en el nexum.

El condenado por sentencia o el confeso in iure podía ser llevado de nuevo ante el tribunal del magistrado mediante la acción de la manus injectio, y una vez allí decía el actor: puesto que tu para mí - juzgado (o condenado) eres en 10.000 sestercios, que no has pagado, por esta causa a tí de 10.000 sestercios pongo la mano, y simultáneamente le tomaba alguna parte del cuerpo. El demandado no estaba autorizado a defenderse por sí mismo y solo podía hacerlo un tercero que se llamaba "vindex", en cuyo caso se obligaba personalmente y si era vencido se le condenaba al duplo. De manera que si el demandado alegaba alguna causal que invalidaba la sentencia, como el dolo, la violencia, etc. era necesario que lo defendiera un tercero, quien a su vez se exponía a experimentar las mismas consecuencias en el caso de ser vencido y si no pegaba era condenado al doble de lo que se le reclamaba al anterior deudor, su defendido.

Si no aparecía ningún vindex entonces el actor estaba autorizado a llevarse a su casa al condenado y a ponerle cadenas.

La ley Publia acordó la actio peri manus injectio al sponsor - cuando había pagado la obligación del deudor principal y este no le restituía el dinero desembolsado dentro de los seis meses; la ley Furia la acordó al sponsor contra aquel aacreedor que había exigido del garante una porción superior a la viril. Había además otras leyes que concedían este procedimiento sumario y enérgico.

Constituía entonces la legis actio en examen un procedimiento ejecutivo que requería para que se pusiera en acción: una causa o título contemplado o previsto por la ley: eran tales títulos, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la confesión in iure realizada por el demandado, ciertos actos jurídicos como el nexum con la cláusula de la damnatio, y determinadas situaciones surgidas de la ley: como la de los garantes en los supuestos ya mencionados. No se admitían defensas o excepciones de parte del ejecutado, a quien solo podía substraerlo de los efectos del procedimiento sumario la intervención de un tercero o vindex.

También la citación del que iba a ser demandado se efectuaba por una vía similar; en efecto, la in iur vocatio que constituía el acto inicial del proceso, mediante la cual se obtenía la comparecencia del que se quería llevar ante el magistrado, y se llevaba a cabo por una manus iniectio regulada por la ley de las XII Tablas.

Finalmente nos queda por explicar la última legis actio, la pignoris capio que se caracteriza porque no se realizaba ante el magistrado, consituía un procedimiento extrajudicial en virtud del cual ciertos y privilegiados acreedores, podían ejecutar sus créditos tomando la posesión de las cosas de sus deudores. Gozaban de tal beneficio los caballeros por los créditos establecidos a su favor a los fines de alimentar a los caballos públicos que se les había asignado, los militares por su soldado y luego los publicanos por el importe de los impuestos. Tomada la prenda el deudor no podía recuperarla sino mediante el pago de la obligación.

Señalamos como rasgo particular de la pignoris capio su índole extrajudicial, no obstante lo cual no era el único caso de una acción de la ley que se realizaba al márgen de la actuación de los órganos procesales, ya que la misma manus iniectio podía llevarse a cabo fuera de todo juicio, como ocurría con el ejemplo ya citado de la "in ius vocatio". Pero hay otros supuestos, como el del paterfamilias o el del amo que ejerce la manus iniectio sobre el hijo sometido a su potestad o el esclavo de su propiedad, o el que enajenó al siervo con la condición de que fuera deportado de determinado lugar si lo encontrara en el sitio

prohibido por el contrato. En tales circunstancias se hacía el procedimiento en forma privada, sin intervención de los magistrados o funcionarios.

Luego de cuanto se ha dicho podemos comprender con cierta claridad cual era la manera de obrar conforme a los distintos procesos que hemos estudiado. Para todos los casos litigiosos previstos por el derecho civil existía una acción general, la legis actio per sacramentum en sus dos formas: in rem e in personam. Para determinados litigios en cambio, había además la iudicis postulatio y la condictio certae pecuniaed o condictio certae rei. La ventaja que estas dos últimas ofrecían consistían: 1o.) en que no tenían carácter penal; 2o.) que someten al juez la misma cuestión controvertida y no una apuesta. Las tres tenían como modalidad común que in iure no se exponía por el actor la causa jurídica de su pretensión, si no que se cumplían ciertas formalidades sin las cuales se perdía inevitablemente el pleito.

Para la ejecución de créditos auténticos o derivados de determinadas fuentes previstas por la ley, existían asimismo modos sumarios de proceder que garantizaban una rápida satisfacción del interés cuya tutela el particular pretendía.

Los defectos de todo el sistema coincidían con los que tenía el derecho civil y radicaban en el carácter limitado y exclusivo de esas acciones, que solo comprendían situaciones concernientes a los ciudadanos, realizadas dentro del territorio sujeto al derecho romano y respecto a actos y a cosas contempladas por esa legislación. Se resentía también el sistema por el sistema del excesivo formalismo y la falta de intervención activa de los órganos estatales que cumplían una finalidad pasiva, asintiendo para convalidar con su presencia, a la realización de ciertos actos de antemano prestablecidos, en cuanto a la forma y al contenido, por la jurisprudencia.

Se imponía entonces una reforma, sobre todo cuando con la pretura destinada a los pleitos de los peregrinos entre sí y de estos con los extranjeros, se recibió una manera mucho más ágil y equitativa de accionar. No obstante lo cual tardó mucho tiempo en adoptarse ese régimen dentro de la comunidad de los ciudadanos. Fue el procedimiento formulario .

238o.) El procedimiento formulario.- Ya hemos dicho que la facultad edictal adquirió insospechadas proporciones cuando se introdujoel procedimiento formulario, cuyas características fueron las siguientes: 1o.) como el de las legis actiones, constaba de dos etapas: una "in iure", y la otra "in iudicio"; era un proceso por acción y jurisdicción; 2o.) consistiá en una fórmula escrita que constaba de distintas partes, a las que luego nos referiremos, y que constituía la base de toda ulterior actuación de las partes y del órgano encargado de decidir la controversia; 3o.) podía fundarse en el Derecho civil o en el Derecho honorario, variando en tales casos las facultades del juez y por ende el mismo contenido de la sentencia.

La adopción del sistema precedente no significó que se dejara sin efecto el de las "legis actiones", las que coexistieron y se siguieron empleando, a veces de modo exclusivo e inexcusable como en el caso de la "in ius vocatio". La reforma fue llevada a cabo por una ley Aebutia de mediados del siglo II a de J.C. y dos leyes Julias a fines del siglo I a de J.C.

La fórmula comenzaba con la designación de juez en sentido lato. Dijimos ya que había diferentes clases de jueces: 1o.) permanentes, como los centumviros y los decenviros litibus decidentiis; 2o.) circunstanciales, designados para cada causa concreta: los jueces propiamente dichos, los árbitros y los recuperadores. Como el procedimiento formulario no tenía lugar ante los centumviros o decenviros, la fórmula comenzaba siempre con la designación de un juez, de un árbitro o de recuperatores, según los casos. Veamos un ejemplo: Cayo Aquilio sé juez.

Luego de ello venía la "demostratio", o sea la narración de los hechos que constituían el fundamento de la acción; en un caso de depósito decía así: "puesto que Aulo Agerio depositó en casa de Numerio Negidio una mesa de plata, sobre la cual se acciona".

La "intentio" contenía la pretensión jurídica del demandante, es decir el fundamento de derecho de toda la acción; de modo que en el ejemplo que consideramos diría: "Si se prueba que Numerio Negidio debe dar por el derecho civil a Aulo Augerio, de acuerdo a su buena fe."

La "condemnatio" era la última parte de la fórmula y seguía de

inmediato a la anterior, diciendo en el comentado ejemplo: ". . . a ello el juez condenará a Numerio Negidio a favor de Aulo Augerio, si no restituye; sino se lo prueba, lo absolverá".

Como se observa la condena tenía lugar si el demandado que resultaba vencido no se avenía a cumplir la prestación que se le reclamaba, y ello porque aquella siempre se traducía en una suma de dinero. Precisamente para evitar la condena que podía ser mayor que el valor del objeto cuya restitución se exigía, el demandado se veía en la necesidad de cumplimentar la orden del juez. Hallamos aquí una nueva prueba del carácter arbitral que la decisión judicial tenía, la que privada de toda autoridad, solo podía invitar al vencido a dar cumplimiento a la prestación que constituía la materia de fondo del litigio; y en su defecto daba origen a una condena pecuniaria que configuraba no una orden del Estado, sino un nuevo título sobre la base del cual podía intentarse una nueva acción: la "actio iudicati".

Los tres elementos o partes de la fórmula: demostratio, intentio condemnatio no existen en todas las acciones, sino con seguridad en las personales fundadas en el derecho civil en que se reclama una cosa incierta. En las basadas sobre el derecho pretoriano, la "intentio" se confunde con la "demostratio"porque su fundamento está precisamente en los hechos, ya que falta la norma del "ius civile" que justifique la distinción antedicha; de ahí que se llame a estas fórmulas: "in factum conceptae" (concebidas por el hecho).

Asimismo hay acciones del derecho civil cuya "demostratio"está en la misma "intentio", como la petitoria que se utilizaba para la reivindicación de las cosas corporales. Por ejemplo esta última decía: "Oh Cayo Aquilio sé juez; si se prueba que el fundo Capenate, por el cual Servilio acciona contra Catulo, es por derecho de los quirites de Servilio, y no es restituído por Catulo a Servilio, entonces condenarás a Catulo. "Puede fácilmente comprobarse que "demostratio e "intentio" se confunden.

Lo mismo ocurría con la fórmula confesoria para la tutela de las servidumbres personales o reales; así para el usufructo: "Si se prueba que el usufructo del fundo de Servilio pertenece a Mevio y Servi

lio no le permite disfrutarlo, entonces será condenado Servilio."Para el caso de las servidumbres de "iter" y de "actus", la acción se concebía con estas palabras:"Si aparece o se prueba, que el derecho de pasaje - (iter) o de conducción (actus) por el fundo pertenece a Mevio, y Servi lio no le permite pasar ni conducir, entonces se condenará a Servilio".

Si la servidumbre era de acueducto o de levantar más alto, la - fórmula se redactaba de esta manera:"Si se prueba que el derecho de - transportar agua del fundo de Servilio (o el derecho contra el edificio de Servilio de levantar más alto), es de Mevio y Servilio no soporta - que se conduzca el agua (o se levante más alto), entonces se condenará a Servilio.

En todos esos casos la "demostratio" se confunde con la "inten tio".Hay además acciones en las que falta la "condemnatio", como ocu rre con las que persiguen la declaración del estado de las personas, es- decir su condición de libres o esclavas, la filiación la ingenuidad o el- carácter de libertino;son los llamados "praeiudicia".

Finalmente otra parte de la fórmula era la "adiudicatio", que - figuraba en las acciones de confusión de límites (finium regundorum), - de división de condominio (conmmuni dividundo) o de partición de he- rencia (familias ersciscundae), mediante la cuál el "iudex" podía atri- buir el dominio o constituir un derecho real a los fines de alcanzar los propósitos que esas fórmulas se perseguía.

En principio la única parte que no podía faltar en la fórmula e ra la "intentio".

La fórmula podía fundarse en las disposiciones del derecho ci vil, en cuyo caso la misma era una adaptación de sus normas y se carac terizaba de manera precisa porque su "intentio" se redactaba en térmi- nos que no dejaban lugar a duda alguna, si la acción era in rem, se uti lizaban expresiones que significaban que la cosa o el derecho que se - perseguía era del accionante en virtud del derecho civil, y si era in - personam contenía los términos "dare facereve oportere", En ambos su - puestos se indicaba siempre una causa del derecho quiritario, un modo- de adquirir el dominio previsto por él o una fuente obligacional del - mismo.

Sin duda que la fórmula petitoria que se utilizaba para la reivindicación era más amplia porque comprendía también los casos de adquisición de la propiedad creados por el derecho honorario, de ahí que se considere a dicha acción de buena fé, mas ello no excluía que cuando se basaba sobre el derecho civil tuviera el carácter propio del "ius civile", que le servía de fundamento.

La circunstancia de que la fórmula contenga en su "intentio", los elementos antedichos que hacen referencia al derecho quiritario, significaba que el juez tenía que aplicar dicho derecho, sin que pudiera tener en cuenta otros factores como la equidad, la buena fé, lo que importaba excluir los usos del tráfico cotidiano, propios del derecho honorario, y hacía que esas acciones tuvieran un carácter rígido, lo que hizo que se las denominara de derecho estricto.

En cambio las que derivaban su eficacia del derecho honorario reposaban sobre la buena fé, la que se hallaba ínsita en las mismas ya que sólo en la medida en que la reclamación concordara con la equidad podía encontrar la protección que el imperio del magistrado o del promagistrado dispensaba.

Esto tenía particular importancia, ya que mientras el iudex debía aplicar sin consideración alguna a las circunstancias de la causa, las normas del derecho civil, cuando se trataba de las primeras; en punto a las segundas poseía una mayor libertad de apreciación, no de los hechos, sino de las normas que regulaban el caso.

Como consecuencia ineludible de ello, cuando por medio de los recursos que el magistrado concedió para invalidar acciones que aunque fundadas sobre el ius civile, se hallaban viciadas de defectos que hacían inicuo su acogimiento, pudo hacerse caer a estas, se requirió que el demandado solicitara y obtuviera la respectiva excepción, por que de lo contrario el juez no podía entrar, de oficio, a considerar los mencionados vicios: violencia, error, dolo, etc.

Distinto fué con las acciones pretorianas, las que por no tener otro origen que el "imperium", del magistrado o del promagistrado descansaban sobre la buena fé, de manera que el juez, sin que la parte hubiera solicitado y logrado una excepción, podía considerar todos los he

chos que eran contrarios a esos principios, tenerlos en cuenta y hasta rechazar la pretensión del actor si era necesario, con el sólo requisito de que se los hubiera probado en el juicio.

Todo ello pone de manifiesto la existencia de dos órdenes diferentes que reproducen el consabido paralelismo que hallamos en todas las instituciones del derecho romano de esta época; el derecho civil por un lado, y el de gentes u honorario por el otro, creando el primero el verdadero orden jurídico, y estableciendo el segundo una serie de situaciones de hecho que con el tiempo adquirieron también valor normativo.

Con el tiempo se produjo la penetración del orden de cosas establecido en los edictos de magistrados y promagistrados, y ello ocurrió 1o) por el agregado que se permitió en la intentio de las acciones del derecho civil consistente en las palabras: ex aequo et bono, mediante las cuáles pudo el juez tener la latitud de apreciación que poseía cuando se trataba de acciones fundadas en el derecho de gentes; 2o) Por la concesión de una fórmula un factum aún en los supuestos regidos por el ius civile. Este último recurso se empezó a utilizar primero con otro propósito, cuando faltaba algún requisito exigido por el derecho quiritario como la condición de paterfamilias, si era un alieni iuris el que tenía que demandar, o bien cuando la acción civil producía un efecto tan grave que, en las especiales circunstancias, se quería evitar: la acción de dolo que acarreando la infamia, se daba sólo in factum al liberto contra el patrono.

Cualquiera fuera la fórmula podía concebírsela directa o útilmente; era directa cuando reproducía la especie prevista por la ley o cualquier otra fuente del derecho civil o las disposiciones del edicto; útil en cambio se llamaba la fórmula que se aplicaba por extensión o analogía, esto es a hipótesis que no estaban formuladas en la norma jurídica a aplicarse y sí en su espíritu u obedecían al mismo principio del cuál la referida norma expresa no era sino una aplicación.

La fórmula podía ser ficticia, en cuyo caso se fingía un elemento considerado indispensable por el derecho. Fué este un remedio que utilizaron los magistrados en los tiempos primitivos, cuando no existía

el procedimiento formulario, y resultaba inicuo dejar sin tutela a los - que no se hallaban amparados por el derecho civil. En efecto, en tales- épocas, no resultaba justo que se pudieran despojar, por ejemplo, a los- extranjeros impunemente; no obstante la acción de hurto presuponía como requisito la condición de ciudadano. Robado un peregrino al principio no tendría acción, pero no habrá tardado mucho en recurrirse a la- ficción para colmar esa laguna, lo que se logró suponiendo en el damnificado la calidad que le faltaba. Del mismo modo se habrá extendido el sistema a otros casos; si un hijo de familia se trasladaba a Roma por razones de estudio, y prestaba toda o parte de la pensión que le enviaban sus padres de provincia para sufragar sus gastos, por el derecho civil no tenía acción para reclamar el pago; pero el pretor habrá fingido que era un paterfamilias a los efectos de que pudiera accionar. Posteriormente, cuando se implantó el procedimiento formulario, le concedió en tales y en otros supuesto, una acción in factum. La misma acción Publiciana era una acción ficticia, ya que el magistrado fingía que se había - cumplido la usucapión, requisito sine qua non para obtener el dominio- y poder reivindicar la cosa cuando se había perdido la posesión.

Si bien el número de las acciones fué limitado desde el punto - de vista del derecho civil, cuando pudo el magistrado o el promagistrado crear fórmulas para que también accionaran por el método de la jurisdicción no sólo los extranjeros, sino los ciudadanos en virtud de las- normas del derecho honorario, se enriqueció el cuadro general de las -- fórmulas al punto de constituir con su infinita variedad, con su gama ilimitada de matices, una trama compleja que informa toda una técnica- procesal en la que los juristas romanos llegaron a ser eximios maestros, descuidando en cambio y precisamente en virtud de tal fenómeno el aspecto estático del derecho. Por eso su sistema jurídico es un sistema de- acciones o de fórmulas, que son las que nutren todo el derecho romano- y no una regulación de derechos sustantivos. Antes que preguntarse que- derechos se tenía, la pregunta obligada de los romanos era que acción , qué fórmula surgía de tales o cuáles hechos. Por eso pusieron especial - cuidado en todo lo concerniente a las acciones, al punto que era menester suma habilidad para escoger la que convenía, pues de lo contrario- se corría el riesgo de perder el derecho.

Es más, ni siquiera puede afirmarse que tuvieran una exacta idea de los conceptos del derecho subjetivo, de la obligación, y de las demás instituciones del derecho sustantivo, por cuanto y sólo por reflejo de las fórmulas que tutelaban las diferentes relaciones y situaciones jurídicas podían llegar a estas últimas.

Sólo así se explica el minucioso detalle que encontramos en las fuentes sobre esta materia, la prolija enumeración y el estudio preocupado de los demás nimios detalles, por cuanto les interesaba el aspecto práctico del derecho y no la formulación teórica del mismo, les concernía más la efectiva tutela y la realización de los intereses humanos que las definiciones y las sistematizaciones de la escuela. Decahí el alto valor que llegó a alcanzar entre los romanos, la jurisprudencia a la que se elevó no ya al rango de las ciencias, sino al de la misma filosofía.

La fórmula además de las partes principales que hemos ya señalado contenía accesorios, como las praescriptiones y las excepciones.- Las primeras consistían en agregados que se hacían al comienzo, tales como reservas de derechos si las solicitaba el actor, o bien defensas pedidas por el demandado cuando la procedencia de las mismas excluyera dilatoria o perentoriamente la acción, razón por la cuál debían ser objeto de exámen previo los hechos que constituían la demanda.

Las excepciones por el contrario figuraban dentro de la misma fórmula, después de la intentio, como una restricción a la condemnatio, ya que está tendría lugar siempre y cuando no resultara probada la defensa que en forma de excepción había articulado la parte. Veremos más adelante como contra la excepción se daba al actor la réplica, y contra esta la dúplica, etc.

La excepción es otro concepto que tiene precisa y adecuada significación en el procedimiento formulario, sobre todo y principalmente tratándose de acciones del derecho civil, en las cuáles sin que el demandado pidiera y obtuviera las respectivas defensas no podía paralizar el curso de aquéllas. La estipulación obtenida por dolo, error o violencia era plenamente válida para el ius civile y generaba la actio ex stipulatu, y aunque el demandado probara esos vicios el juez debía in-

defectiblemente condenar porque ninguno de ellos eran modos extintivos de la obligación cuyo cumplimiento se reclamaba, por lo que se hacía imprescindible la concesión de las excepciones pertinentes a los efectos de destruir la acción. Si ellas no se habían solicitado ni otorgado, el juez no hubiera podido tomar en cuenta los hechos que justificaban la nulidad o anulación del acto legítimo celebrado porque no estaban reconocidos por el derecho civil.

Perdía sin embargo esos rasgos tan característicos cuando se trataba de las acciones del derecho honorario, porque en estas bastaba que se invocaran como defensas, y se probaran consiguientemente, para que el juez debiera darle acogida y las tuviera en cuenta en su decisión.

Tratemos ahora de definir la acción o la fórmula, podemos decir que la misma es el acto jurídico obtenido mediante la colaboración del actor, del demandado y del magistrado, previa instrucción "in iure", que contiene la materia del debate judicial y la designación del juez o del árbitro. Es, como se ha dicho, un acto jurídico, pero complejo; contiene: la fórmula propuesta por el actor, concedida por el magistrado, la contestación dada por el demandado, eventualmente las prescripciones y excepciones y el nombramiento del juez. De ahí que toda fórmula comenzara con las palabras: Ticio (o Gayo, o el que fuera) sé juez... Como se ve la fórmula es un compromiso que establece los límites dentro de los cuáles ha de moverse el juzgador para dar su decisión, y participa del carácter arbitral que impregna al procedimiento romano en sus dos primeras etapas.

Tal circunstancia justificaba que fuera necesaria la presencia de ambas partes o de sus procuratores o defensores, por cuanto en caso de que una de ellas no se aviniera a celebrar el compromiso, con el ritual que él extrañaba, era imposible salir de la fase "in iure", y entonces sólo mediante remedios extraordinarios era factible tutelar la situación del que reclamaba justicia, pero nunca podía en tal supuesto llegarse a la "sentencia.

De tal manera la acción o fórmula aparece como una vía para llegar a la producción a su vez de un acto jurídico, de un título o cau-

sa que recibe el nombre de sentencia, y no de una orden estatal, imperativa y coercible. Por eso obtenida la decisión judicial no se pasaba a su ejecución por vía administrativa, sino que se originaba una nueva acción, o mejor dicho el derecho a una nueva acción que en último grado y para poner término a ese circuito tenía que desembocar necesariamente en un procedimiento de autoridad pero no que al comienzo no fué jurisdiccional. Se explica así que las formas de ejecución hayan sido en estas dos fases en principio extrajudiciales, o mejor dicho extrajurisdiccionales. Y ello se explicará mejor si se tiene presente que el proceso es la substitución del combate verdadero entre las partes; constituye una tregua, un apaciguamiento temporario; mediante el cuál y previo el cumplimiento de ciertas formalidades, en caso de verificarse la razón del que reclama la reparación del agravio, se podrá pasar a la venganza, la que en un principio se ejercitó sobre la persona del garante o tercero, luego en la del mismo infractor y finalmente sobre sus bienes, primero con un criterio negativo: la destrucción de las cosas, luego con una finalidad positiva, la indemnización, la tutela del interés lesionado.

En esta etapa del procedimiento formulario la litis contestatio adquiere un nuevo significado. Durante las "legis actiones" había sido una manera de comprobar los hechos realizados "in iure", mediante testigos, para que estos pudieran reproducir los resultados alcanzados ante el magistrado a cuando las partes se hallaran frente al juez. Como el procedimiento de referencia era oral, se hacía necesario conservar en la memoria de terceros sobre cuya fidelidad no pudiera dudarse el conjunto de ceremonias realizadas ante el tribunal del pretor o de su equivalente.

Las fórmulas del procedimiento formulario fueron escritas y como consecuencia de ello perdió la litis contestatio (el llamamiento de testigos que bajo juramente estuvieran dispuestos a declarar sobre lo visto y oído cuando ello fuera necesario) su naturaleza primitiva y se convirtió en el cierre del debate "in iure", en la configuración de los límites dentro de los cuáles debía moverse el juez a los efectos dde dictar su decisión. En una palabra, contenía la demanda y su contestación,

las cuestiones de hecho y el derecho que correspondía aplicar de los extremos de los cuáles no podría salir el juzgador al pronunciar su sentencia.

Pero la litis contestatio además comportaba la referencia al tipo de derecho objetivo que debía tener presente el juez en el exámen final de la causa, por lo que a través de la intentio o de la demostratio podía determinarse si el caso recibiría una solución fundada en el derecho civil o en el derecho honorario.

Hay que considerar que el magistrado no le daba al juez la solución concreta del litigio, no le indicaba la norma expresa sobre la cuál debía fundamentar su sentencia; y con esto se resuelve un problema que ha preocupado a los estudiosos, quiénes han discutido el punto de si el juez tenía o no libertad para escoger la norma concreta que debía aplicar en el conflicto. La remisión que el magistrado, al conceder la fórmula hacia al derecho objetivo no podía ser detallada, al punto de indicar la precisa norma de la ley o fuente de derecho que debía regular la decisión; los ejemplos que las fuentes nos dan corroboran este aserto. En cambio sí le indicaba al juez el grupo de disposiciones a las que tenía que atenerse para buscar la solución; o el derecho civil en sentido estricto, o el derecho honorario, y dentro del campo de acción demarcado, la facultad del iudex era todo lo amplio que las circunstancias permitían, para escoger y analizar hasta sus últimos extremos la regla jurídica que debía aplicar.

Para hacer más claro lo que antecede, supongamos una fórmula del derecho estricto, cuya intentio se remite indispensablemente al ius civile, frente a una acción de tal naturaleza, el iudex no podrá referirse al derecho honorario; tendrá que invocar el derecho civil; pero podrá buscar dentro de este último las disposiciones que considere adecuadas podrá valorar y estimar todas las normas del mismo, ya que la interpretación de la ley, en sentido lato, debe hacerse examinando el conjunto de sus disposiciones y no sólo una parte de ella, como enseñaba Celso. Si en cambio la referencia contenida en la fórmula fuera para el derecho de gentes, entonces la materia de la solución estará dada por los edictos y la jurisprudencia elaborada en torno a ellos, sin perjuicio de

tener en cuenta además otros valiosos y fundamentales elementos, como la buena fé y la equidad.

El hecho de que el juez que iba a instruir la causa y a decidirla fuera un mero particular, justifica que no pudiera aplicar las normas jurídicas sino sobre la base de una fórmula que llevaba en sí la impronta del magistrado que representaba al Estado, mas una vez que este último había indicado el camino, derecho civil ú honorario, la acción del iudex tenía la suficiente flexibilidad para moverse dentro del ámbito señalado, sin que quedara reducido a la mera aplicación de una disposición concreta fijada por el magistrado, lo que por lo demás hubiera resultado imposible, ya que solo con el cabal conocimiento de todos los hechos y la valoración de los mismos, hubiera podido el pretor o el gobernador de provincia llegar a la determinación de la regla jurídica aplicable al caso.

Este singular procedimiento nos constriñe a insistir a riesgo de resultar redundantes en la particularidad que el proceso romano presenta y que lo distingue de todos los otros que la historia humana, que sepamos, haya conocido. Sólo cuando el Estado, durante la última etapa de la evolución se hizo cargo de la instrucción y decisión de los litigios, perdió importancia la fase previa que autorizaría y sólo en la medida de su existencia y contenido a un ciudadano que no desempeñaba en verdad ninguna magistratura, a aplicar las normas jurídicas de la comunidad. Precisamente el procedimiento arbitral que fué también conocido por los romanos se distinguía del de acciones por el hecho de que mientras el primero se instruía totalmente ante particulares, el segundo tenía una etapa dónde en forma necesaria intervenía el Estado. Pero en definitiva no diferia nada más que en eso del compromiso por árbitros porque en el fondo también participaba de su carácter.

Ya hemos visto que durante las legis actiones al principio fué necesario recurrir a una pena, a una multa como factor vinculante de las partes para el Estado, y en la forma de apuesta se desenvolvía todo el proceso, porque mediante ella, con la respectiva invocación a las divinidades, podía encontrarse el vínculo que ligara a los individuos con la comunidad. Las ulteriores modificaciones que sufrió el sistema, la

transformación de la acción en tal punto que se convirtió en el derecho a pedir un juez para que decidiera la contfoversia, de inmediato o dentro de un plazo prefijado, no fueron sino maneras de agilizar un procedimiento que conservó siempre su original naturaleza. Y el sistema formulario participó de la misma, como que fué una imitación, inteligente sin duda pero copia al fin, de algo que estaba muy adentro en el espíritu y en el corazón de los contemporáneos, De ahí que las acciones no fueran sino la reproducción de lo anterior con la siguiente característica que comportaba toda una innovación, que el magistrado, o el promagistrado, no ya la costumbre y la religión, eran los que podían crear manera de resolver los conflictos, formas necesarias para convalidar la sentencia que procunciaría, previa recepción de la prueba y verificación de los hechos, el juez o el árbitro.

La fórmula fué entonces la concreción del material de hecho y jurídico del debate judicial, el presupuesto de la sentencia, la indispensable base que podía justificar la validez de una decisión y validar un ulterior procedimiento en caso que aquélla no se acatara.

Cuando la autoridad puede ordenar, el fundamento de su decisión se halla en el "imperium", que justifica la posterior coerción, el ulterior empleo de la fuerza en forma directa o indirecta, para conseguir el resultado propuesto. Mas cuando no existe la posibilidad de dictar esa orden estatal, cuando la comunidad jurídicamente organizada no puede intervenir en forma inmediata y directa en la solución de la controversia, porque no ha alcazado la suficiente madurez para que su acción en tal sentido pueda considerarse legítima, sólo caben métodos indirectos, caminos laterales que conducirán, si es posible, al mismo fin, a través de la acción psicológica que puedan producir sobre los hombres, y en última instancia, por el recurso directo a la fuerza. Mas en estas fases del Derecho romano el empleo de esta última es el extremo remedio que ha de utilizarse, no porque se respetara la libertad del individuo al punto de paralizar, salvo que fallaran todos los demás resortes, el ejercicio liso y llano de la autoridad y del "imperium", sino en virtud de resabios gentilicios, de prejuicios heredados de los antepasados, cuya permanencia en las épocas más modernas del Derecho roma

no explican la tenacidad con que el mundo antiguo se aferró al pasado aún después de haber recibido en su seno la más heterogénea mezcla de razas, de idiomas y creencias. Y quizá en ello, aunque constituya una imperfección, esté una de las mayores virtudes del genio latino que aún transformado por las civilizaciones orientales, se mantuvo fiel a uno de sus rasgos más señalados, la tenacidad.

La fórmula o acción como queramos llamarla, aunque con más corrección nos expresaremos si utilizamos la primera palabra, además de un acto jurídico, fué un procedimiento empleado por los particulares, con intervención del magistrado, para llegar a otro acto de igual naturaleza, la sentencia, que resolviera el conflicto. De tal manera la acción fué un modo de proceder similar al que precedía a la celebración de los restantes actos legítimos y de los contratos, caracterizado porque se hallaba reglamentado por normas precisas, con lo cuál venía a distinguirse del procedimiento empleado en los restantes casos que concluían también en declaraciones de voluntad que producían efectos jurídicos, por el hecho de que mientras en estas últimas, por lo general no siempre, las formalidades eran discrecionales y quedaban al arbitrio de los interesados, en la acción se hallaban establecidas de manera imperativa por el orden jurídico.

Esa característica no tiene otro origen que el fundamento religioso que se dió a los actos destinados a constituir el compromiso en el primitivo derecho, en el que para suplantar la violencia privada o para morigerar la era menester recurrir a solemnidades externas que impresionaran por su aparato la mentalidad rústica de los rudos contendientes. Luego se conservó el rasgo que habían tenido desde hacía tantos siglos en virtud de que se comprendió que la forma es necesaria para llegar a una decisión justa, a los efectos de evitar las no difíciles componendas que las pasiones de los hombres, aún de los más rectos, pueden encontrar, en perjuicio del supremo interés de la justicia, en la decisión de los conflictos.

Se presentaron así las formalidades como madres de la libertad y la dignidad del individuo, y como tales han pasado a la legislación-

de los tiempos modernos, no obstante la crítica superficial de los que creen ver en ellas nada más que artificios burocráticos y de leguleyos.

El hecho de que se necesitara la concurrencia de ambas partes para que pudiera llevarse a cabo el procedimiento "in iure" y lograrse la acción o fórmula, fundamento de toda la posterior actuación ante el juez, cuyo nombramiento además derivaba y dependía esencialmente de aquélla, explicaba que la ausencia o renitencia de una de las partes hiciera caer todo el proceso. Si era el actor el que se negaba a llevar adelante la actuación, desde luego perdía la acción conseguida, o en caso de que aún no la hubiera obtenido no llegaría al lograrla por lo menos en ese procedimiento que había iniciado con la in ius vocatio, sin perjuicio de que podía verse compelido a satisfacer los daños y perjuicios experimentados por su adversario con motivo de la citación ante el tribunal y los gastos efectuados para obtener los fiadores que garantizaran su comparencia a una audiencia prorrogada. Para ello el actor, en tal caso, había asimismo constituído vindices, los que eran responsables, y en forma sumaria y ejecutiva, por el incumplimiento de la persona cuya presencia se habían obligado a asegurar. Mas si en cambio el demandado era el renuente, el que se negaba a realizar los actos que las solemnidades del proceso exigían, pues en tal caso y sin perjuicio de que el accionante obtuviera la indemnización de los daños sufridos por medio de los vades o vadimones dados por el adversario, podía solicitar al magistrado la "missio in possessionem", en los bienes, en el patrimonio de la otra parte para que esta y no él fuera en adelante la que tuviera la carga de accionar con todas las desventajas que ello implicaba.

Naturalmente que esta posibilidad de obtener la actuación del Estado en caso de que el demandado no se aviniera a cumplimentar la serie de actos que el proceso in iure exigía, debió surgir en una etapa en cierta forma evolucionada del derecho, ya que en los primeros tiempos no se concibiría, al márgen de la voluntad de los interesados la adopción de medidas de fuerza. Y sin duda esa fase corresponde a un período de cierto desarrollo de la comunidad territorial.

Mas que el proceso al respecto fué lento se comprueba con la existencia en el Digesto de Justiniano de un edicto del pretor que impuso penas a los que desobedecieran las disposiciones o sentencias de los jueces, por lo que cabe presumir que antes que se dictara semejante norma, no habría posibilidad de poner en ejercicio, contra la voluntad del vencido, la resolución judicial.

No fué posible tampoco durante mucho tiempo concebir que pudiera darse un juicio por acciones y jurisdicción en área que no fuera la del territorio romano, y entre ciudadanos de dicha ciudad, por lo que sólo con el posterior progreso de la idea del imperio se llegó a admitir que semejante sistema pudiera actuar en lugares que no fueran aquéllos, con lo que nació la distinción entre juicios legítimos y juicios fundamentados en el imperio, de modo tal que mientras los primeros son los que reconocen los antedichos límites y se instruyen y deciden por un "iudex", los otros en cambio rebasan aquéllos y actúan en zonas y con personas ajenas, en principio, a la estricta noción del derecho romano.

Desde luego se mantuvo la distinción porque los juicios legítimos se apoyaban sobre el derecho civil de cuyas características participaban, mientras que los basados sobre el imperio constituían situaciones de hecho tuteladas por el magistrado o el promagistrado.

No extrañará entonces que tanta importancia se diera en el Derecho romano al concepto de la acción y que con suma preocupación se estudiaran sus presupuestos, sus alcances y sus modos de extinción. Constituía ya todo un difícil arte el saber elegir la fórmula más adecuada para poder mediante ella resolver una contienda o conflicto entre partes. El error en la elección podía resultar fatal y determinar la pérdida del pleito; así, por ejemplo, si por negligencia de un tercero se causaba daño en el patrimonio de una persona, había que escoger no la fórmula directa, sino la útil de la Ley Aquilia; de lo contrario se rechazaría la pretensión del actor.

Este concepto de la acción que tuvieron los romanos y que dis-

tingue a la etapa del procedimiento formulario, se caracterizó asimismo porque no obstante tener la fórmula su fundamento en el derecho sustantivo, ya fuera el derecho civil o el de gentes se otorgaba por el magistrado sin la prueba "a priori", de la verdad de los hechos que las partes invocaban, por lo que la acción era obstracta y no concreta. Y se explica que lo fuera o que revistiera esa modalidad por cuanto ya se ha dicho que el magistrado no tenía a su cargo el indicar la norma exacta que debía seguir el juez para solucionar el conflicto, sino remitirlo a alguno de los dos grandes grupos de reglas jurídicas que componían el derecho objetivo de la comunidad romana.

La acción entonces no podía ser la actuación del derecho objetivo, en el caso concreto, a solicitud de parte, sino el medio indispensable para llegar a la decisión de la controversia por el juez designado especialmente para ello.

Aunque la sentencia absolviera por falta de pruebas o por otras razones de índole jurídica al demandado, no habría dejado de existir la fórmula sin la cuál era imposible concebir un proceso jurisdiccional de modo que aunque se verificara luego que faltaba el substrato material de la demanda, no por eso habría estado ausente la acción. Esta era en consecuencia y como ya dijimos, el compromiso que se realizaba con intervención del Estado para prefijar la materia del debate judicial que luego se desenvolvería ante un juez ó un árbitro, ambos particulares.

Esa segunda etapa del procedimiento se desarrollaba al márgen del contralor del magistrado, no obstante lo cuál siempre que se produjera una alteración de la relación surgida del compromiso asumido, "in iure", como por ejemplo el cambio de procurator o de defensor, había que volver ante el tribunal para reintegrar el elemento cuya ausencia o defecto impedían al juez proseguir con las actuaciones.

Una interesante cuestión que se presenta es la de saber si el magistrado o el promagistrado estaban compelidos a conceder la acción. Las características propias del sistema ponen de manifiesto, en este aspecto, una de las modalidades más originales del Derecho romano. En principio el magistrado o el promagistrado son soberanos; es un rasgo del

régimen republicano que ya hemos señalado lo suficiente para que no volvamos a insistir sobre el mismo. Ello significa entonces que el representante del Estado no estaba en el deber de conceder la fórmula, y sabemos que sin ella era imposible el proceso jurisdiccional. Desde luego que los casos de denegación arbitraria serían los menos, y aún en tales supuestos el daño no era irreparable por cuanto le quedaba al reclamante la posiblidad de volver a hacer el intento ante el mismo magistrado al respecto tenía también su lado bueno, pues se prestaba a que si resultaba inicuo conceder la acción que se le pedía, no obstante que por la rigidez del derecho civil, fuera procedente, no se amparara un interés que por su origen era contrario a la equidad. Fué así que el pretor o el gobernador de provincia pudieron influir en el derecho estricto, y acomodar sus viejas soluciones a las que los nuevos tiempos exigían.

De modo que si prima facie, de la exposición de los hechos, surgía como contrario a la justicia y a la buena fe amparar la pretensión del accionante, el magistrado podía denegar la acción, sin que fuera menester recurrir al expediente de las excepciones.

Ello prueba que también en la fase preliminar y preparatoria del proceso tenía lugar un juicio de valor, con prescindencia de la verdad del reclamo del actor, sobre la equidad del derecho que se invocaba. Con ello pudo, sin duda, llegar a alterarse situaciones que de otra manera, y desde el punto de vista del ius set. derecho sustantivo, se consideraban definitivas. Así si un tercero, en ausencia del propietario, usucapía un bien de este, que a su regreso y por cualquier circunstancia volvía a su poder, no obstante el dominio adquirido por el adversario, podía el magistrado denegarle la fórmula petitoria con la cuál pretendía reinvindicar la cosa, si la equidad justificaba esa solución. Por lo que se comprende que aún "in iure" era factible cierta instrucción de la causa, para llegar a ese juicio de valor sobre la equidad del resultado, que permitía al derecho romano la flexibilidad de que han carecido todas las legislaciones posteriores.

Demás está señalar entonces la capital importancia que el pro-

ceso jurisdiccional tenía;y tales límites, tales atributos reconocidos a- la magistratura en esa especie de procesos, se hacían necesarios por - cuanto una vez expedida la fórmula, el juez debía fallar de acuerdo a la misma, sin que pudiera apartarse de la solución que el derecho dic;- taba, so pretexto de que aquélla era inicua.

Podía ocurrir que de la instrucción sumaria realizada ante el - pretor no surgiera con claridad la iniquidad del reclamo que el actor- efectuaba, en cuyo caso se imponía la investigación de los hechos y la valoración jurídica de ellos;en tales supuestos se instruía la fórmula - "in iure" y luego se pasaba a la etapa "in iudicio".

239a) Acciones.Clases.- Para Justiniano, Inst, lib.4, tit.6, 71, la máxima clasificación de las acciones es la que las agrupa en acciones inrem.De lo que resulta que en su época todos los medios para la - tutela estatal de los derechos se comprendían en esas dos generales denominaciones, correspondiendo a las obligaciones las primeras y a todas las demás relaciones jurídicas, sean concernientes al derecho de las cosas, al de las personas (cuestiones de estado) o al de la familia, se hallaban involucradas dentro de las actiones in rem.

El que reclama algo que le pertenece:una cosa, un estado o un vínculo de familia se halla tutelado por la acción in rem;el que en - cambio exige el cumplimiento de una prestación de otra persona, se halla amparado por la acción in personam-

Como la posibilidad de protección jurídica versó precisamente- sobre la propiedad o la obligación, se explica que la sutileza romana- no conociera otra clasificación máxima que la antedicha.Sin considerar que en primitivos tiempos el paterfamilias había tenido un dominio- efectivo sobre la mujer e hijos, es indudable que los remedios procesales se organizaron en torno a dos puntos capitales de la concepción económica y jurídica de los romanos: la propiedad y la obligación.

La primera es la defensa dialéctica que simula una lucha por la cosa corporal sobre la lcuál se pretende la exclusividad;la segunda es- el simulacro del antiguo oejercicio de la venganza privada .Ello signi-

fica que la clasificación de las acciones se hizo en torno a los conceptos de la propiedad y de la obligación.

Durante la etapa de las "legis actiones" todo procedimiento gira en torno a la controversia sobre el dominio de una cosa corporal- o concierne a la exigencia de una prestación jurídicamente obligatoria. En el primer caso se tiene la "actio legis por sacramentum in rem", cuya descripción, siguiendo a Gaio, ya hemos hecho. En el segundo caso podía actuarse por la actio legis per sacramentum in personam o bien por otras acciones de la ley, como la de postulación de juez o la condictio.

La tutela de relaciones jurídicas diferentes al dominio o a la obligación se organizó por la adaptación de las nuevas situaciones a las antiguas dos clases antedichas, por lo que o fueron in rem o bien in personam.

Con el procedimiento formulario se mantuvo el neto distingo a través de la redacción de la "intentio", pues toda fórmula o tenía una "intentio" en que se afirmaba un derecho (la propiedad, etc.) o bien se pretendía el cumplimiento de una prestación, expresado en términos bien precisos: "declaro que Stico es mío por el derecho de los quirites" o bien, "afirmo que debe dar y hacer en virtud del derecho civil" (dare facere oportere").

La actio in rem que al principio se creó y servía para la tutela de la propiedad, se extendió luego para garantizar cualquier situación que no fuera una obligación.

Se plantea entonces el problema de si esa generalización existía ya al tiempo de los juristas clásicos o si bien fué el resultado de la doctrina de los juristas post-clásicos o una innovación de Justiniano. Las opiniones se hallan al respecto divididas.

Para los que siguen el criterio de que se trata de una generalización reciente, la "actio in rem" habría comenzado por designar un tipo especial de acción, esto es, la "reinvindicatio", que luego se habría extendido a otros casos.

Los que en cambio creen que la clasificación general que hace Justiniano era ya conocida al menos por los jurisconsultos clásicos aducen el texto de las Instituciones de Gaio, lib.IV 71 y fragmentos de Ulpiano y Paulo:(ver Savigny, Sistema, t.5, p.16, trad.castellana).

Comencemos por señalar que ninguno de los fragmentos que se citan contiene la afirmación de Justiniano, que la máxima división de las acciones es la que las agrupa "in rem" e "in personam". Gaio dice que si investigamos cuantos son los géneros de las acciones, hallamos que hay dos "in personam", e "in rem", y esta es la vindicatio. Ulpiano en D.44, 7, 25, dice en igual sentido que hay dos géneros de acciones, "in rem", que se llama "vindicatio", e "in personam", esto es la "condictio". En D.6, 1, 68, establece que la norma allí fijada se aplica a todas sea a los interdictos o a las acciones "in rem" o "in personam"; en D.39 6, 75 señala que la acción de desvío del agua no es "in rem", sino personal; en D.44, 7, 37, pr. nos enseña que en la palabra acción se comprende la acción "in rem" la "in personam", la directa, la útil, los preiudicii, las estipulaciones pretorianas, los interdictos...; en D.50, 16, 36, el mismo jurista manifiesta que el nombre de "litis", se refiere tanto a las acciones "in rem" como a las acciones "in personam".

Paulo en D.44, 2, 14, 72, observa que las acciones "in personam" difieren de las "in rem" en esto, que cuando la misma persona me debe a mí la misma cosa por diferentes causas, cada una de las obligaciones sigue su propia causa, y ninguna de ellas se perjudica por la petición que se haga de otra; en cambio cuando acciono "in rem", sin expresar una causa, las involucro a todas, y no puedo luego volver a accionar, pues más de una vez no puede una cosa ser mía mientras que en cambio puede deberse la misma cosa por más de una causa o título. Lo que el texto quiere decir es que si bien puedo reclamar el cumplimiento de la misma prestación a la misma persona por acciones "in personam", distintas, fundadas desde luego en causales diferentes, no puedo reivindicarsino invoco una mera causa o título, más de una vez la misma cosa por la acción "in rem".

Para demostrar que efectivamente la clasificación de Justiniano se conocía en la época clásica es necesario demostrar que la "actio in

rem", tutelaba también en tal período la reclamación de la herencia o de la sucesión universal, el estado de las personas con lo cuál quedaría englobado dentro de dicha clase de acciones además de las cosas, el derecho hereditario y el de familia.

Es indudable, como señala Savigny, op.cit.t.5.p.18, que la "petitio herditatis" fué concebida como una acción "in rem":D.6, 1, 27, - 73 Paulo libro 21 al Edicto:D.5, 3, 25, 7, 18, Ulpiano, libro 15 al Edicto, aunque señala este jurista una particularidad que la caracteriza:la determinación de la persona del demandado que existe previamente - cuando se reclama una herencia, a diferencia de lo que ocurre cuando se reivindica una cosa corporal. Se trata de textos de juristas clásicos- que admiten la asimilación de la "petitio hereditatis" a la categoría - de las acciones "in rem".

No es tan simple, en cambio, el problema cuando se trata de averiguar si los "praeiudicia" que servían para resolver las cuestiones - de estado de las personas, fueron considerados por los clásicos como acciones "in rem". Se presentan dos objeciones:1o) los praeiudicia no eran acciones propiamente dichas, sino formas del procedimiento. La fórmula contenía la "intentio" pero carecía de condemnatio, y servía para declarar una relación de derecho que serviría a un posterior debate judicial;2o) Los praeiudicia se aplicaban también en vista de las "acciones in personam". Gaio en sus Instituciones lib, 3, 7, 123, enseña que la ley Cicereya dispuso que lquién recibiera "sponsores"o fiadores determinara de antemano omediante adecuada declaración a que obligación se refería y cuantos fiadores quería vincular a la misma;caso contrario se llevaba a cabo un "praeiudicium", a solicitud de los garantes dentro de los 30 días, y si se verificaba que el acreedor no había formulado previamente esa manifestación, se liberaban.

Savigny, op.cit.t.5.p.19 y 20, trata de levantar las objeciones - sobre la base de que los praiudicia en el antiguo derecho fueron "in - rem", como lo demuestra ñque se recurriera a la "vindictario" en cuestiones relativas a la esclavitud o a la libertad, que se realizara la mancipación mediante "vindicta", y la transmisión de la tutela de las mujeres por "in iure cessio".

Podría además decirse que el problema que suscita la interpretación de la ley Cicereya se resuelve fácilmente teniendo en cuenta que aunque vinculada con una obligación, se trataba de determinar un hecho y que por consiguiente no pudiendo caer dentro del concepto de las acciones "in personam", se lo incluiría en el de las acciones "in rem".

Esta idea parte de la base de que en la época clásica por lo menos los "praeiudicia" eran acciones. No hay duda que así los consideró Justiniano quién en sus Instituciones, libro 4, tit.6, 7, 13 dice expresamente: "Las acciones prejudiciales parecen que son "in rem". El verbo utilizado "parecen" (videntur) ha originado discusiones, pues algunos lo entienden en su acepción original y lo traducen por parecen, mientras otros, entre los que se halla Savigny, op.cit.p.18, sostienen que expresa una realidad positiva.

Creemos que la explicación de Savigny no es feliz. En la época clásica difícilmente es factible que se concibiera a los "praeiudicia" como fórmulas o acciones. Es característico de las etapa post-clásica, durante la vigencia del procedimiento extraordinario, que los distintos remedios jurídicos elaborados por la técnica de los jurisconsultos se comprendieran dentro del concepto de la acción. Tenemos una prueba de ello, con lo que ocurrió con los interdictos equiparados en tal etapa también a las acciones extraordinarias.

La misma palabra "praeiudicium", nos indica que es algo anterior al Juicio, equivalente indudable de la fórmula. La sutileza jurídica de que hizo gala el insigne Savigny, le impidió ver, a nuestro entender, que una cosa era la vindicatio in servitutem o in libertatem y muy otra el "praeiudicium". La controversia sobre el estado de libertad o de esclavitud de una persona configuraba un verdadero proceso, con todos los requisitos y formalidades que el mismo requería. En cambio el "praeiudicium" estaba inexorablemente vinculado a una causa; podía surgir con motivo de la petición de una herencia, y constituía en tal caso una etapa, un incidente que debía resolverse de manera indefectible en forma previa para que pudiera resolverse la cuestión principal. Ya hemos visto que en tales casos quiénes decidían el referido problema previo eran los decenviros stilitibus iudicandiis. Pero aunque no hubiera sido así y se

quiera hacer incapié en la circunstancia relativa a la redacción de la "intentio", es obvio que si se dió a ese procedimiento un nombre especial es porque no se lo confundió, o mejor dicho, porque quiso distinguirsélo de la acción.

La época de Justiniano o la que le precedió inmediatamente se caracteriza por su afán por la sistematización y, como consecuencia lógica del mismo, por el agrupar dentro de un mismo concepto entidades bien diferenciadas en la época clásica. Sólo cuando ha desaparecido el específico criterio, de innegable carácter pragmático, que excluyendo toda generalización, trata de adaptar las nuevas situaciones que se presentan mediante artificios y ficciones a la vieja estructura jurídica de las acciones que se basa en la dualidad de las acciones "in rem", para proteger el dominio, y las "in personam", para tutelar la obligación es cuando se puede, haciendo abstracción de la denominación propia hallada para caracterizar el fenómeno, en la etapa clásica, involucrar dentro del concepto de la acción a los "praeiudicia".

Ya señala con acierto Albertario (Actiones in rem et Actiones in personam, en Studi di diritto Romano, Vol. 4, Milano 1946, p. 226, que la división de las acciones no ultrapasaba los límites del derecho civil en sentido propio, razón por la cuál se explica que tratándose de las instituciones paralelas elaboradas por el derecho Honorario, fuera necesario recurrir a las acciones ficticias o in factum.

El eje sobre el cuál gira todo el sistema de las acciones en el derecho primitivo está constituído por dos ideas fundamentales, la de propiedad y obligación, y en torno a él es que se elaboran, en forma indirecta, las soluciones procesales que los tiempos exigen, para proteger situaciones que no son las que corresponden al dominio o al deber jurídico. La primitiva organización romana, comunitaria, feudal, no concibe fuera del poder de las cosas corporales y del dominio sobre el hombre una posibilidad abstracta que permita captar, por proceso de sutil espiritualización, como tutelable el derecho real sobre cosa ajena que no sea la propiedad, y la necesidad de verificar judicialmente situaciones que exhorbitan el campo de las cosas, como el estado, pero que, induda

blemente tienen fundamental trascendencia en cualquier sociedad que tenga, por lo menos, una incipiente organización.

De acuerdo estamos con Albertario que ni siquiera la petitio hereditatis se concibió en la época clásica como una acción "in rem", sino que en virtud de los procedimientos utilizados por la técnica jurídica de resolver por analogía los problemas que no hallaban concreta solución en las fórmulas conocidas, se llegó a la equiparación práctica - sin que ello implicara que se la concibió como una propia acción "in-rem".

Todo ello nos induce a creer que efectivamente la generalización que nos ofrece Justiniano en sus Instituciones es producto de la elaboración realizada, por lo menos, durante la época post-clásica.

Por lo general la "actio in rem" se dirige contra cualquier infractor del derecho real o de la situación análoga que ampare, mientras en cambio la acción "in personam", tiene un destinatario predeterminado- Pero ocurre, aunque por excepción, que se de el caso de acciones "in-rem" dirigidas contra determinadas personas, como ocurre con la "petitio hereditatis" (petición de herencia) que sólo puede ejercerse contra el que posee la herencia "pro herede"(como heredero( "pro possessore" (como poseedor simplemente), o con la acción Pauliana. Hay en cambio acciones "in personam", cuya intentio se redacta "in rem", como ocurre con la "actio quod vi metusve causa", cuya finalidad es anular un acto jurídico obtenido por la violencia, o la "actio ad exhibendum" que persigue la exhibición de la cosa corporal en manos del que la detente para preparar la acción reivindicatoria. La acción noxal es también "in - personam", y sin embargo se dirige contra cualquier que tenga la posesión del esclavo, del hijo de familia o del animal que han causado el - daño injusto.

Es indudable que en estos casos la expresión "in rem", o "in personam", no se refieren al carácter de la acción en sí sino al hecho de que se dirijan contra una persona determinada de antemano, o contra cualquiera que pueda resultar el infractor del derecho cuya tutela se pide. Es una cuestión que concierne no a la naturaleza de la acción, si

no a la redacción de la "intentio", que en un caso tiene determinada - la persona contra la que se dirige, y en el otro, no.

Esto, desde luego, no quiere decir que no hubiera un demandado cierto en ambas clases de acciones, sino que tratándose de una acción- "in personam" típica sólo podía dirigirse contra el deudor, en cambio - cuando era "in personam" pero tenía la intentio "in rem", como en el- caso de la actio quod vi metusve causa, podía dirigirse la acción con - tra un tercero con respecto al negocio viciado, a los efectos de obtener la restitución de la cosa.

Se distinguen también las acciones civiles, de las honorarias, - considerando a las primeras como las que se fundamentan en el derecho civil en sentido estricto, esto es, el derecho quiritario, y a las segundas que lo hacen en el derecho honorario o de gentes. La "intentio" se caracteriza en las primeras por las palabras inequívocas que se utilizan- y que hacen directa referencia al ius civile y han sido elaboradas por la actividad de los jurisconsultos, mientras que las segundas emanan directamente de la autoridad del magistrado.

Mientras las acciones civiles en principio son de derecho es - tricto las honorarias, por su mismo origen, se fundamentan sobre la equidad. La paulatina superposición de ambos órdenes, sin embargo, posibilitó que pudieran tutelarse las relaciones del viejo derecho civil también a través de fórmulas honorarias. Claro que esta clasificación estuvo en vigencia mientras se mantuvo el procedimiento formulario, ya que con el extraordinario, durante el Bajo Imperio, con la desaparición de la - fórmula se extinguió el referido distingo, que ya no tenía razón de ser.

A su vez las acciones civiles podían ser directas, útiles, ficti - cias. La clasificación obedecía a la necesidad de adaptar las fórmulas- conocidas a los nuevos problemas que la vida planteaba y no se hallaban contemplados por la fuente del derecho civil que había originado la pertinente fórmula.

La aparición de las acciones útiles, y ficticias fué sucesiva; primero surgieron estas últimas que, como en el caso de la acción Publiciana superaba la dificultad fingiendo que uno de los elementos que -

no se daban para que se aplicara la acción del derecho civil, era como si estuviera presente. Se fingía así la cualidad de ciudadano, de sui iuris, de propietario de la cosa, etc.

La acción útil fué una evolución posterior; concebida como una aplicación del principio de la analogía, sirvió para tutelar situaciones que si bien no se hallaban en la letra y el espíritu de la norma jurídica, eran consecuencias del mismo fundamento jurídico que había motivado la sanción.

Las acciones "in factum" fueron acciones caracterizadas porque la exposición de los hechos, contenida en la "demostratio", hacía las veces de la "intentio", a falta de una sanción propia del derecho civil o de gentes.

La importancia de estas clasificaciones radica, durante el período formulario, en el candente interés que tenía el actor en elegir bien la fórmula, pues, de equivocarse, perdía inevitablemente el pleito. Así por ejemplo si el esclavo propio había sido muerto por una omisión de tercero, cuidado tendrá el dueño de escoger la fórmula útil, ya que de emplear la directa, correspondiente a la Ley Aquilia, vería rechazada su pretensión por el juez, por más que demostrara de la manera más inequívoca la veracidad de los hechos y el fundamento jurídico de su reclamo.

Ocurría de igual modo con la acción ficticia; guay que un extranjero pidiera la "actio furti" directa en caso de hurto o robo; probado que no era ciudadano se vería irremisiblemente excluído de la tutela judicial. Era menester no incurrir en error y solicitar y obtener la fórmula ficticia para que la demanda pudiera prosperar.

Se suele equiparar las acciones "in factum" a las honorarias o pretorianas aunque existe, sin duda, alguna diferencia entre las mismas. La idea sobre la cuál giran las primeras es que en lugar de descansar sobre el derecho civil, lo hacen sobre el "imperium" del magistrado; lógicamente esta situación se daba siempre con respecto a las acciones honorarias, pero es que estas a su vez solían fundarse en las normas ela

boradas por el derecho de gentes, mientras que la acción "in factum" - que reposa directamente sobre los hechos indica más bien un fenómeno- distinto relacionado con la intentio de la fórmula, ya que en tales casos aquélla estaba dada por la misma "demostratio", y no tenía otro fundamento que el "imperium" del magistrado que la concedía. De ahí que una acción civil pudiera otorgarse "in factum", para suplir por ejemplo - una deficiencia o falta de requisito que obstruía el otorgamiento de la- fórmula directa correspondiente, como en el caso de que quién la pidiera fuera un alieni iuris y no un paterfamilias.

La acción honoraria que es un principio "in factum", termina - con el renocimiento del derecho honorario cuando reposa sobre las normas de este, por incluir en su "intentio", la regla jurídica pertinente; en cambio la acción "in factum" siguió siempre reposando sobre el hecho o los hechos que el magistrado se proponía tutelar.

Como recurso técnico, la acción "in factum" constituye un progreso con respecto a la acción ficticia, y en todo caso fué siempre uno- de los tantos remedios creados por la jurisprudencia para suplir las lagunas del derecho. Así por ejemplo, la acción de dolo era pretoriana, y no obstante cuando se querían evitar las tremendas consecuencias que ella podía producir; la declaración de infamia, se otorgaba "in factum", con- lo que ya no originaba tal efecto.

Por eso el liberto no podía intentar dicha acción contra su patrono, patrona, descendientes o ascendientes, sino "in factum", y lo mismo- ocurría en otros casos.

De manera que el ámbito de acción de la "actio in factum", comprendió el derecho civil y el derecho honorario.

Estando la fuente de las acciones civiles en el "ius civile"; es- indudable que tutelaban las relaciones jurídicas previstas por las leyes, la interpretación de los prudentes, el uso del foro, en tanto que las honorarias eran establecidas en los edictos de los pretores y de los ediles curules. Las primeras participaban del carácter que tenía el derecho civil- y eran "perpetuas", razón por la cuál no podía concebirse al principio- que pudieran extinguirse por prescripción, en tanto que las segundas, por su origen, eran temporales.

Se clasifican también las acciones en penales y reipersecutorias;las primeras son las que persiguen el cumplimiento de una pena consistente en una prestación pecuniaria a favor del damnificado, infligida como un mal sobre el patrimonio del infractor.Las reipersecutorias en cambio persiguen la indemnización del daño causado.

Se caracterizan las acciones penales porque en principio no pasan a los herederos del lesionado ni se transmiten contra los herederos del infractor, salvo que al tiempo de la muerte se hubiera ya trabado la litis contestatio, o bien si por culpa del difunto ello no pudo tener lugar en caso de que quién muera sea el que debe pagar la pena.- Se extinguen en consecuencia por la muerte natural del acreedor y del deudor, pues prevalece en ellas el criterio de la venganza.No ocurre lo mismo con la "capitis deminutio", aún la máxima, pues la misma idea que las preside, "la vindicta", tanto puede ejercerse sobre el hombre libre como sobre el esclavo, sobre el ciudadano o el peregrino.

Savigny, en su Sistema t.V, 7, CCX y ss.ps.30 y ss.ha sistematizado la materia de las acciones penales en forma tal que vamos a dar un breve resúmen de sus conclusiones más importantes.Distingue así entre las acciones penales bilaterales y las que son unilaterales, teniendo en cuenta que se produzca un perjuicio o lesión en el patrimonio del infractor por un lado y un incremento en el del lesionado, o bien que produciéndose el daño o detrimento en el primero sólo tenga carácter indemnizatorio con respecto al segundo.

Es indudable que la pena se distingue de la reparación o indemnización porque mientras aquélla disminuye el patrimonio del deudor en beneficio del patrimonio del acreedor, mediante un enriquecimiento que no tiene otra causa que la sanción, la indemnización, aunque sea del lucro cesante, si bien causa una disminución en los bienes del deudor, mantiene, conserva, en cambio, el haber del acreedor.Por lo demás ese detrimento que el infractor sufre no tiene como causal sino la necesidad de restablecer el equilibrio patrimonial alterado.

Con la pena ocurre algo diferente;la misma no se propone restablecer ese equilibrio crematístico sino infligir un daño, un perjuicio,

al infractor.La circunstancia que produzca o no en el lesionado un beneficio o una reparación, justifica la distinción entre acciones penales bilaterales o unilaterales, pero no altera el significado que la pena en sí tiene.

Los juristas romanos no utilizaban siempre una misma expresión para designar esos fenómenos;de ahí que unas veces hablen de las acciones penales, otras de las que persiguen una pena, o que se conceden por causa de la persecución de una pena, que designan las que Savigny denomina acciones penales bilaterales;y para las unilaterales, se habla de las que castigan el hecho (factum puniunt), etc.

Los efectos que producen las acciones penales, sean bilaterales o unilaterales son característicos, los que permiten precisamente darles categoría aparte.

Así, si la acción es penal, puede ejercitarse en forma noxal contra el paterfamilias propietario o ascendiente de la persona que ha cometido el delito contra el damnificado.Si son varios los que han ocasionado la lesión se distingue:a)si es bilateral puede perseguirse la pena contra todos los infractores;b)si es unilateral, pudiendo accionarse contra cualquiera, desde que uno de ellos es demandado o satisface la pena, la acción se extingue contra los demás.

Las acciones penales bilaterales, dice Savigny op.cit.p.36, "no se ejercitan nunca contra los herederos", "nadie puede reclamar lo que se le debe a título de pena contra los herederos de su deudor", salvo que la acción sea mixta, esto es que además de penal sea resarcitoria, en cuyo caso también puede dirigirse contra los sucesores en la medida de su enriquecimiento.Igual principio, señala Savigny, op.cit.t.5,p.37 se aplica en las acciones penales unilaterales.

Estudia luego el genial jurista la conexión que pueden tener las referidas acciones con la clasificación de las acciones "in rem", e "in personam", y llega a la acertada conclusión de que las primeras no pueden originar sino acciones penales unilaterales, lo que es lógico - por cuanto la lesión de cualquier derecho real siempre ha de tener para el damnificado caracter resarcitorio, aunque tenga carácter penal pa

ra el infractor. Y da como ejemplos la situación del que ha dejado de-poseer la cosa corporal por dolo, o que falsamente se pretende poseedor de la misma frente a la acción reinvindicatoria, aunque termina por admitir que el campo propio de las acciones penales es el de las obligaciones. Que en los anteriores supuestos de la fórmula petitoria la acción es penal unilateral surge del hecho de que no puede ejercitarse contra los herederos del infractor sino en la medida de su enriquecimiento.

Particular consideración, dice Savigny, op.cit.t.5, p.43, merece el caso de la ley Aquilia, la que origina una acción mixta, resarcitoria y penal al mismo tiempo, penal en cuanto permite el lesionado exigir el mayor valor de la cosa perdida o deteriorada con efecto retroactivo a un plazo que varía, según se trate del 1o. o del 3o. capítulo de dicha ley. Y que se da, en tales supuestos, contra el o los herederos del infractor en la medida de su enriquecimiento. La particularidad de esta acción es tal que sin embargo omotiva confusión entre los juristas, en el caso de que concurra con otras acciones, materia que da lugar a opiniones diversas, y tiene la singularidad, no obstante ser aparentemente unilateral, esto es, en ciertas hipótesis o para ciertos resultados, resulta bilateral cuando existe pluralidad de infractores.

Otro caso equívoco al que se refiere Savigny op. cit. p. 44, es la acción por el doble contra el tutor que oculta un bien del pupilo; la circunstancia de que se dé por el duplo justifica que sea al mismo tiempo resarcitoria y penal, y sin embargo, habiendo pluralidad de tutores, no produce igual efecto que la ley Aquilia, en el supuesto de varios coautores, esto es, que pagando uno, deban igualmente pagar los demás. Por el contrario, en ese caso, si paga uno de los tutores, los demás se liberan.

Es indudable que las acciones penales tienen por principal finalidad crear en el infractor, a través del detrimento patrimonial, un complejo psíquico que lo inhiba de cometer futuras violaciones de la norma se trata de aplicarle un castigo, sea que el mismo resulte en un beneficio o en una indemnización con respecto a la víctima.

Por esa razón no es una pena propiamente dicha la que las partes, de comun acuerdo, fijan en la estipulación o contrato para el caso del incumplimiento. La pena no deriva nunca de la voluntad del infractor, sino directamente de la ley; además la pena en tal caso tiene siempre una finalidad resarcitoria.

Finalmente distingue Savigny, op. cit. p. 45 entre las acciones penales y las que persiguen la vindicta, acciones estas, dice el citado autor, "por las cuales el derecho de bienes se reclama únicamente en vista de un fin moral ulterior".

La circunstancia de que tal rasgo se halle en un número restringido de acciones penales, y que pertenezca tambien a la querella de inoficiosidad, que nada tiene de penal, es el fundamento que da Savigny para excluir a dichas acciones de la categoría de las penales.

Las acciones que revisten al mismo tiempo el carácter de penales y reipersecutorias suelen recibir el nombre de acciones mixtas; así la "actio quod vi" que deriva de la violencia se da, por el cuádruplo, es reipersecutoria en la medida que se persigue el resarcimiento del daño, y penal por las tres partes restantes. La "actio furti" en sus dos manifestaciones principales, de manifiesto y no manifiesto, es totalmente penal.

Para Justiniano, Inst. lib. 4, tit.6 y 19, la acción de la ley Aquilia es mixta no solo cuando el demandado niega falsamente no haber cometido el delito, en cuyo caso se da por el duplo del valor de la cosa dañada, sino también cuando confies el hecho "in iure", pues siempre tendrá que pagar el mayor valor del bien lesionado que hubiera tenido dentro del año o de los 30 días inmediatos anteriores; con lo que no persigue solamente la reparación sino que contiene también una pena.

Las acciones penales pueden ser tanto civiles, como honorarias ya sea que se funden en una causa prevista por el derecho civil o hayan sido introducidas por el pretor; ejemplos de las segundas son la de "albo corrupto" que ya hemos visto, la impuesta al liberto que demanda al patrono o a su descendiente sin la autorización del magistrado, etc.

Una interesante clase de acciones está dada en el Derecho Romano por las llamadas acciones populares de las que se ocupa el D. 47, 23, y cuyo origen ha dado lugar a controversias. La posibilidad de que cualquier ciudadano pueda actuar en justicia para que se tutele un interés propio de la comunidad ha encontrado en los distintos pueblos un mayor o menor desarrollo, y lo que interesa en definitiva es determinar en que casos; porque fundamentos y en que medida podrá una legislación permitir que un particular asuma ante los tribunales la defensa de un interés colectivo.

Demás está decir que semejante manifestación del derecho solo puede hallarse en los pueblos donde la idea de Estado no ha absorbido totalmente o en gran parte la trascendente misión que debe reconocerse a sus componentes como colaboradores en la importante misión de mantener en su integridad el orden jurídico. En la medida que se reconoce dentro de una comunidad la espontánea participación del individuo o de los grupos sociales en el quehacer común que representa la administración de los intereses colectivos, se hallará evolucionado el concepto de las acciones populares. Ya definía Paulo en el libro 8 del Edicto la acción popular diciendo que era aquella mediante la cual se tutela el derecho propio del pueblo.

Ihering (Espíritu del Derecho Romano a través de las distintas etapas de su desenvolvimiento, vol. 1, 77, 17 y 18, Leipzig 1866, edic alemana) dice que la existencia y desarrollo de tales acciones en Roma se debió a que Estado y pueblo eran en definitiva dos manifestaciones de un mismo fenómeno, de modo que era perfectamente admisible que un ciudadano pudiera, en ciertos casos y conforme a determinadas condiciones, asumir la gestión de un interés colectivo. Y ello en virtud de que la incipiente idea del Estado no había logrado en los tiempos mas recientes obliterar la antigua organización clánica en la que el desenvolvimiento jurídico se hallaba en manos de una flexible organización social.

Verdad que hay quienes sostienen que la aparición de las acciones populares se debe a la deficiente policía romana, de manera que fue necesario depender del auxilio de los ciudadanos para la represión-

de los actos ilícitos que atacaran los intereses comunes, pero si esto es cierto tampoco ha de olvidarse la mayor proximidad que indudablemente existía entre el pueblo y el Estado, por lo menos antes de la absorbente intromisión en todos los aspectos de la vida que tuvo lugar durante el Bajo Imperio con la acentuación del régimen corporativo ya esbozado en época del Principado.

Es indudable que la acción popular tiene un fundamento en la naturaleza de las cosas, ya que aún en nuestra época debiera prestarse mayor atención a la posibilidad de extender la esfera de acción de esta institución, pues como bien observaba Scialoja, Le azioni Populari - Romano, prefacio a la traducción italiana del magnífico trabajo de Bruns ver Archivio Giuridico, 1882, vol. 28, ps. 166 y 279 y en Studi Giuridici, Vol. 1, Diritto Romano, Prima parte, Anonima Editoriale Romana 1933, p. 108, con mucha frecuencia se dejan en manos de funcionarios públicos la tutuela de los intereses comunes, sin reparar en que ellos representan muchas veces mas que los intereses de la colectividad, los de un grupo o partido. Si es cierto que la importancia adquirida por esta institución en Roma se debió principalmente a la incipiente idea del Estado que los romanos tenían, no por ello deja de justificarse la existencia de la acción popular en nuestros tiempos, los que además demuestran en múltiples casos la necesidad de la misma ya que las ideas liberales al reconocer al individuo como pilar de la organización comunitaria admiten también, sin duda, que el Estado es un instrumento destinado a facilitar el cumplimiento de sus fines y hacen del ciudadano un gestor de los intereses estatales.

El ámbito de la acción popular tuvo en Roma las mas variadas manifestaciones, al punto que involucró las mas diversas materias de la administración pública, como por ejemplo permitiendo al ciudadano perseguir los actos que turbaran las reglas relativas a los sepulcros y a la cremación de cadáveres, (Ley Julia Genitiva o de Osuna), los que infringieran la inenagibilidad de los bienes de la colonia, o para castigar la demolición de un edificio sin la autorización de los decuriones o bien sin dar caución de reconstruirle; contra los duunviros que omitieron exigir el juramento a los contadores al designarlos, o contra el le-

gado de la colonia que no de cumplimiento a su misión o no deisgne para hacerlo en su lugar a un vicario, o contra los duumviros o los prefectos designados por ellos que hubieran recibido donación o precio por la concesión indebida de un lugar público; contra los magistrados que no hubieran guardado observancia de las normas relativas al nombramiento de los patronos de la colonia; contra los que sin derecho ocupen los lugares reservados a los decuriones en los festejos públicos, etc. Igualmente se daba acción a cualquier ciudadano en el caso de que se violara un sepulcro sino existiera un particular damnificado; se perseguía en tal caso una condena por el monte de 100 aureos D. 47, 12, 3 y 12, o bien contra los que arrojaban cosas a la vía pública o las tenían suspendidas en peligro de los transeúntes, aunque se prefirieran a los cognados o afines de la víctima o del que había corrido el peligro, pero Ulpiano señala que se trataba de una acción popular y penal: D. 9, 3, 5, 75. D. 93, 776 y 13. Igual carácter tenía la acción de albo corrupto, D. 2, 1, 7 pr.

Es original la solución que hallamos con respecto al peligro que podía crearse en virtud de llevarse animales salvajes (bestias) a lugares frecuentados por el público, para impedir el cual se daba igualmente una acción popular: D. 21, 1, 40, 41 y 42. Asimismo los que se atrevían a remover los mojones que constituían los límites de las propiedades de los particulares se hallaban sujetos al ejercició de una acción de igual-naturaleza: D. 47, 21, 1, 2, 3.

Por senadoconsulto se dispuso en el año 763 de la fundación de la ciudad que si una persona había fallecido y se sospechaba que hubiera muerto de muerte no natural debía antes de abrirse el testamento y hacerse adición de la herencia, investigarse la causa del deceso para lo cual se sometía a tortura a los esclavos, y se dispuso que si se infringían tales normas pudiera, contra el que abriera las tablas o adiera la herencia, ejercitarse una acción penal por valor de 100 aureos, mitad de los cuales correspondían al Erario y la otra mitad al acusador. Fue también una acción popular como señala Gaio: D. 29, 5, 25, 72: ver vez Azione Popolare en Digesto Italiano, Vol. IV, parte Seconda, Torino 1893-1899 ps. 953 y ss.

De igual modo se convirtió en acción popular la reclamación de la libertad de quien se consideraba esclavo, pues si bien al comienzo se admitía que un tercero elegido por aquel cuyo estado de libertad se controvertía, era el que como adssertor libertatis debía intervenir en el juicio, luego a sus parientes (D. 40, 12, 1, 2, 3, 4 y 5), se terminó por aceptar que cualquier ciudad no pudiera desempeñar tal rol tratándose de la libertad de un furioso o de un infante: Gaio D.40 12, 6.

La tendencia favorable a la libertad se extendió a todos los casos en que se tratara de restituir a un hombre el preciado don mediante el interdicto de hemine libere exhibiendo: D. 43, 29, 1, 71, 3,79, interdicto que tenía carácter de popular.

Era asimismo de interés público que se evitaran los fraudes entre amo y esclavo destinado a convertir a este en ingenuo, de ahí que si por cualquier acto los interesados hacían aparecer al carente de libertad como si nunca hubiera estado en esclavitud, cualquier ciudadano podía, mediante la acción popular, descubrir la verdad, adjudicándose el esclavo al que hubiera ejercitado la acción, D. 40, 16, 1.

Del mismo modo era popular la acio suspectis tutoris: Ulpiano, D. 26, 10, 1, 76.

Justiniano dió tal carácter a los casos de legados por causas pías siempre que los obispos descuidaran reclamarlos Cl. 3, 46, y también por la repetición de sumas perdidas en el juego si los que las habían perdido no lo hacían C. 3, 43, 3.

El uso de los lugares públicos, como la libre navegación de los ríos, la utilización de las cosas del pueblo, de las cosas comunes, se garantizó igualmente mediante este tipo de acciones: D. 43, 7, 1, con lo que se consiguió no solo que el ciudadano o el extranjero, según los casos, no pudieran verse privados de la utilización de tales cosas, sino de que a su vez se volviera al estado anterior lo que se hubiera hecho en contrario, garantizándose así la libre navegación de los ríos y el uso de las cosas públicas o comunes.

El problema fundamental que se plantea en torno a esta materia

es determinar si el que accionaba con la actio popularis lo hacía a nombre propio o como procurador del pueblo. Las consecuencias que se derivan, según se acepte uno u otro criterio, son distintas, de ahí que haya preocupado a los romanistas la solución de este problema.

Conforme a Bruns cuando la acción popular persigue una pena legal la ejercita el ciudadano como procurador y cuando el objetivo es una pena pretoriana lo hace a nombre y en interés propio. Brinz en su Tratado de Pandectas, en alemán, 2a. edic. Erlangen 1873, vol. I, 7, 86, ps. 281-285, citado por Scialoja, op. cit. p. 116, nota 2 sostiene la opinión contraria aduciendo que en ambos casos se actuaba como procurador, sin que importara que en uno la multa fuera para el Estado y en el otro la adquiriera el particular, porque en las dos supuestas se actuaba gestionando un interés público, aunque se obrara como procurator in rem suam cuando se defendía igualmente un derecho propio.

Hay que tener en cuenta, como observa Scialoja, op. cit. p. 117, que en las acciones populares pretorianas el actor persigue un derecho propio, no solo la reparación del interés público lesionado sino también la de su mismo interés o derecho, de ahí que haya una distinción con las acciones populares legales en que se acciona por la tutela sola del interés colectivo. Desde este punto de vista es indudable que hay diferencias entre uno y otro caso, ya que una cosa es actuar pura y simplemente para la tutela del interés colectivo y muy otra es hacerlo indirectamente, a través de la protección que se procura a un interés propio.

Además de las acciones mixtas que son, según hemos visto, las que además de perseguir una pena tienen también un carácter indemnizatorio, encontramos las que Justiniano califica como acciones que contienen una causa mixta, o sea que son in rem e in personam, como la actio finium regundorum, la familiae herscindae y la communi dividundo. Cuilacio Notae Jacobi Cujacii in L. IV Instit. Opera Omnia, Vol. I, Pars Prior, Venetiis 1758, en latín, fol. 221, nota 60 vez Videntur, dice que se las considera así porque persiguen junto con la cosa prestaciones personales. Y Justiniano al final del párrafo XX, lib. IV tit. 6, Inst. aclara que en tales casos el juez puede adjudicar la cosa, confor-

me a la equidad, a uno de los litigantes, y si de esa manera se afecta la parte de otro, le es permitido compensar la diferencia mediante la condena a una prestación. En D. 10, 2, 22, 74 se lee: El juicio de la división de herencia consta de dos partes esto es de las cosas y de las prestaciones, que son acciones personales y en D. 10, 3, 4, 73 se dice que en el juicio de communi dividundo no solo entra la división de la cosa sino también se incluyen prestaciones para que si se hubieran hecho gastos se consiga el resarcimiento.

Esto significa que son mixtas en lo que atañe al objeto, como observa Gluck: Commentario allo Pandette, trad.ital. lib. X p. 6. En cambio desde el punto de vista del fundamento de dichas acciones la opinión ya no es pacífica. Se sostiene que en tal caso son acciones in personam, ya que para que procedan se requiere que resulte indiscutible el derecho que cada una de las partes tiene sobre la cosa; ese derecho es para muchos autores un derecho real, de modo que lo que puede perseguirse por medio de tales acciones es el cumplimiento de prestaciones personales, derivadas como señalaba Justiniano de un cuasi ex contractu: I, 3, 27, 77, 3 y 4. Se explicaría así la opinión de Paulo en D. 10, 1, 1, cuando señala que la actio finium regundorum es personal aunque se da por la vindicación de la cosa. Y Justiniano en C. 7, 40, 1 incluye a la acción de división entre las acciones personales.

La razón del problema estaría en que una acción de tal tipo tenía concebida la intentio in personam en lo que hacía a las posibles prestaciones que debieran cumplir las partes, y asimismo in rem para posibilitar al iudex la adiudicatio: ver nota j) a la obra de Gluck, t.X p. 7.

Otra característica de estas acciones está dada porque son juicios dobles. "Se llama, dice Gluck, op. cit. p. 8), juicio doble una acción con la cual se persigue un derecho que cualquiera de las partes que intervienen en la controversia puede hacer la valer contra la otra". En tal tipo de acciones cada uno de los interesados puede asumir el rol de actor y demandado. En la práctica es actor el que primero demanda y en caso de que lo hicieran simultáneamente se decide que asumirá los roles de accionante y demandado el que decida la suerte: Gaio D.

5, 1, 13; Ulpiano D. 5, 1, 14.

Justiniano clasifica además a las acciones por el simple, el duplo, el triple o el cuádruple, según persigan la cosa o prestación en sí, o el duplo etc. Es indudable que fuera de las acciones por lo simple las demás son penales; por el doble, la de hurto no manifiesto, la de la ley Aquilia si se niega falsamente la culpa o la comisión del hecho, etc. por el triple, la del fortum concepti y la del furtum oblati, así como la que surge contra el actor que haya exagerado su demanda haciendo que el demandado debiera satisfacer espórtulas superiores a las que realmente correspondían. Tiene en tal caso derecho a reclamar al actor el triple de lo pagado. En estos supuestos dentro del duplo, el triple o el cuádruple se halla incluída la indemnización por el daño sufrido.

Las llamadas acciones arbitrarias se refieren a una particularidad de la condemnatio, pues hay acciones en las que el juez o iudex debe por una primera sentencia ordenar la restitución al demandado y en el caso de incumplimiento, y mediante una segunda sentencia, condenarlo al pago de una indemnización en dinero. Refiriendose a estas acciones dice Justiniano I, 4, 6, 7, 31: que estas acciones pueden ser in rem como in personam. In rem como la actio Publiciana, la acción serviana relativa a las cosas del colono, la cuasi serviana o hipotecaria e in personam como las que surgen de la violencia o del dolo, o lo que se pide en virtud de la actio ex eo quod corto loco. Señala Cuiacio, Notae ad Inst. lib. IV, op. cit. fol. 225, 90, ex Arbitrio, que no son solamente arbitrarias las acciones en que procede la orden del juez, sino también aquellas en que la condena se basa en el arbitrio o en el oficio del sentenciante.

En este tipo de acciones el juez ordena la restitución pues así se lo prescribe la fórmula y para el caso de que el demandado no lo haga, lo condena; si obedece, lo absuelve. Consta así el proceso de dos decisiones o sentencias del juez, por la primera intima la restitución de la cosa, el cumplimiento de la prestación (entrega del esclavo o pago), o la dación en nexa: ver Teofilo (Parafrasis, Ginegra, 1620, 731 p. 207) y por el segundo, en caso de incumplimiento, condena.

Fundamental importancia tienen las llamadas acciones adjecti -

ciae qualitatis que constituyen una variante que solo puede explicarse por las limitaciones introducidas por el Derecho Romano al concepto de la personalidad. Fue uno de los campos donde con mas despliegue se hizo presente el fecundo talento de los juristas romanos para hallar soluciones que requería la vida económica de la comunidad y que se veían obstaculizadas por el inadecuado y rígido instrumento legal elaborado en torno al reducido concepto de la personalidad. Como en todas las épocas, en aquella del mundo antiguo, la vida social y económica superó a la concepción a que obedecía la estructura legal, y si bien desde el punto de vista jurídico los esclavos y los hijos de familias no eran sujetos de derecho, desde el punto de vista práctico sí lo eran al punto que tuvieron los juristas que esforzarse para hallar el adecuado medio que les permitiera superar el anacronismo legislativo.

Un hijo de familia o un esclavo, dotados de un peculio prefecticio, esto es de una parte del patrimonio del paterfamilias separada de la administración común, para ser entregada al alieni iuris o al siervo, mediante acto real, contratan y se obligan. Jurídicamente no pueden sino adquirir para el pater, y no se concibe que puedan crear a su acargo sin su intervención expresa una obligación, pero en la realidad, el hijo o el esclavo dotados de tal pequeño patrimonio operan como si fueran sui iuris o libres. Y la realidad económica se impuso. No hubo mas remedio que reconocer que la circunstancia de que el pater otorgara una parte de sus bienes al hijo de familia o al esclavo, mediando tradición, determinaba una gestión económica independiente en cierto sentido que tenía en todo caso que producir efectos jurídicos. Y el genio romano halló la solución extraordinaria solución a un problema que aparentemente aparecía como insoluble.

La primera dificultad que había que superar desde el punto de vista del procedimiento era esta: si el hijo de familia o el esclavo en la gestión del peculio contraían obligaciones, como era posible que los terceros pudieran demandar judicialmente al pater si por hipótesis este no había intervenido directamente en el negocio y como consecuencia de ello no podía atribuírselo que a su cargo estuviera el cumplimiento de la prestación? De haberse pedido la fórmula o acción ordinaria hu-

biera habido que absolver al pater desde que no habiendo actuado él resultaba imposible condenarlo, no obstante la prueba de la existencia de la obligación que el tercero aportara.

La Primera brecha a los rígidos preceptos del derecho civil se produjo en los casos en que el mismo pater, sin actuar personalmente, diera orden al alieni iuris de que contrajera la obligación; en tal supuesto, aunque el mismo pater no hubiera actuado y resultara imposible obrar mediante la fórmula o acción directa, se abrió la posibilidad de hacerlo mediante la actio quod iussu, o sea modificando la fórmula de modo tal que apareciera que si bien habían obrado el hijo-de familia ó el esclavo, en realidad lo habían hecho con la expresa autorización del pater. Una simple alteración de los términos de la fórmula en tal sentido permitió que pudiera prosperar la acción, y aparecieron así las acciones adjectitiae qualitatis.

Dado el primer paso no sería difícil comprender porque se llegara a considerar que si el pater concedía una parte de su patrimonio al hijo de familia o al esclavo para que lo administraran económicamente aunque no jurídicamente en forma independiente, no pudieran llegarse a igual resultado en el caso de que dichos incapaces para el derecho civil, en el transcurso de la gestión contrajeran obligaciones, por lo que se construyó para solucionar el problema una teoría que desembocó en la acción de peculio. Singular creación esta que fundada mas en consideraciones prácticas que estrictamente lógicas demostraría una vez mas que lo que mas vale en la evolución de cualquier orden jurídico es la flexibilidad de los intérpretes para la adaptación de las normas a las variantes y en eterno proceso de transformación de las condiciones de la vida.

De igual modo si el paterfamilias coloca al hijo de familia o al esclavo como encargado de administrar un fondo de comercio, surge la actio institeria, y si le hubiera encomendado la administración de una empresa de navegación, por los actos o contratos del capitan o del alieni iuris se daba contra el pater la acción exercitoria.

Se llama a todas estas acciones "adjectitiae qualitatis" y se caracterizan por no corresponder a un género determinado de actos-

jurídicos, sino que constituyen una modificación de las acciones o fórmulas corrientes a los efectos de adaptarlas al particular caso producido por el hecho de que aunque debían dirigirse contra el paterfamilias este no había intervenido en el negocio que originaba la relación jurídica cuya tutela se perseguía.

Estas acciones se caracterzan mientras la demostratio y la intentio tenían que mencionar necesariamente al alieni iuris con el que se había contratado, en la condemnatio en cambio figuraba el paterfamilias.

Son acciones in personam y enseña Gluck, op. cit. lib. XIV - XV tit. 1 trad. tal. p. 1, que las acciones personales o son utilizadas en su forma común para el fin a que están destinadas o bien se le hace un agregado con la finalidad de indicar o con mas precisión el objeto, o para manifestar con mayor exactitud el motivo por el cual se demanda o bien para exigirle una obligación contraída por tercero de la que debe responder el demandado. El nombre que les da, deriva de la doctrina sobre la base de un texto de Paulo: D. 14, 1, 57, 1 que dice que no hay duda que si se contrató con el capitán del buque (magister navis) puede accionarse con la fórmula correspondiente al negocio realizado contra este o bien contra el armador exerciter), porque no hay substitución de personas, sino que se agrega (sed adiicitur).

El origen de estas acciones se halla en la constitución de la familia romana, como explica con maestría Bonfante en la nota b) p. 5 de la cit. obra de Gluck, pero terminó por aplicarse a otros casos de ahí que hallamos también como acciones de este tipo: la acción interrogatoria, la condictio triticaria, la condictio de co quod certo ibce, la actio in factum ex iureiurando, la actio iudicati, etc.: ver Gluck, op.cit. ps. 2 y 3.

Precisamente las particularidades propias del derecho de la navegación determinó que pudiera accionarse contra el armador por los contratos concernientes al viaje realizados por terceros con el capitán, y en estos casos, aunque el magister navis fuera un extraño con respecto al armador, se admitió igualmente el ejercicio de la acción contra este último.

Tratándose de la acción institoria se daba en los casos que el hijo de familia o el esclavo, como se ha visto, habían sido autorizados por el pater para ejercer el comercio, colocándolos como encargados de la administración de un fondo de comercio. En tales supuestos si bien del hijo de familia se obliga personalmente también puede accionarse contra el paterfamilias lo que sin duda ocurriría con frecuencia, ya que careciendo el hijo de patrimonio propio, a no ser que tuviera peculio castrense, o cuasi castrense, los acreedores tendrían que esperar a que se convirtiera en sui iuris para poder ejecutarlo .

Por la acción institoria se demanda al paterfamilias in solidum pues este ha dado su consentimiento al hijo o al esclavo para que ejercieran el comercio.

Cuando el alieni iuris ejercita el comercio destinado todo a parte del peculio, sabiéndole el paterfamilias, los acreedores pueden demandar a este mediante la acción tributoria, que se caracteriza porque se establece un concurso, en el que aquellos concurren junto con el padre a prorrata, de manera que en tal caso el jefe de familia no puede hacer la deducción por el todo a que tiene derecho cuando se trata de la acción de peculio, sino en forma proporcional:Bonfante, Istitutzioni di Diritto Romano, 8 edic. 925 mp. 171. En tales supuestos el pater hace la distribución, y si no la hiciera en forma justa podrán los acreedores perjudicados exigir la reparación mediante la acción tributoria.

La acción de in rem verso es también adjectitiae qualitatis y se da cuando en virtud del negocio realizado por el hijo o el esclavo se produce en el patrimonio del pater un incremento patrimonial, y en la medida de dicho enriquecimiento.

240o.) Excepciones.- En el procedimiento formulario fue posible por primera vez incorporar al derecho procesal el concepto de las excepciones. Dice Gaio, Inst. lib. IV, 7, 117 que fueron creadas para permitir la defensa de aquellos contra quienes se accionaba, pues ocurre a veces que sería inicuo condenar a una persona aunque debiera serlo por el derecho civil. De ese modo las excepciones constituyeron un artificio creado por los magistrados a los efectos de paralizar las ri-

gidas consecuencias del jus civile, cuando las normas de este se hallaban en contradicción con los principios de la buena fe y de la equidad. Con lo que desde ya queda dicho que la excepción fue fundamentalmente un recurso destinado a operar en relación con las fórmulas de derecho estricto. Mediante la teoría de las excepciones conjuntamente con otros remedios pretorianos, se hizo sentir lenta e incesantemente la acción del derecho de gentes sobre el derecho civil, preparando la ulterior fusión de ambos.

Dice Savigny: Traité de Droit Romain, traducido del alemán al francés, por M. Ch. Guenoux, t. 5, París 1858, 7, 226, p. 165 que la excepción designa en derecho romano una defensa fundada sobre el derecho independiente que pertenece al demandado, y que se la llama así porque su finalidad es conseguir que se rechace la pretensión del actor aun cuando la misma resultara justificada en derecho, en virtud de la existencia de un hecho negativo que extinga o paralice la reclamación de la otra parte. Por eso dice Gaio, Inst. lib. IV 7, 119 que todas las excepciones se redactan como contrarias a lo que afirma el que acciona, de manera que la excepción convierte en condicional a la condena pues el magistrado en la fórmula ordena al juez que condene al demandado si resultan probados los hechos, a no ser que se comprueban los que constituyen la excepción. En D. 44, 1, 22, pr. se lee: La excepción es una condición que exime al reo de la condena, o que disminuye la condena. Y en D. 44, 1, 2 pr. se dice que la excepción es casi alguna exclusión a cuya finalidad es eludir loque figura en la "intentio" o en la "condemnatio"; y he ahí, dice Savigny, op. cit. p.166, nota b), porque Cicerón de De Inventione, II, 20, llama a una acción sin excepción, "juicio puro".

La excepción es un medio de defensa que tiene el demandado - pero no el único: Savigny, op. cit. p. 167.

Las excepciones son una parte de la fórmula, de ahí que debiera pedirlas el demandado al magistrado y este concederlas o denegarlas dijimos ya que en verdad solo era necesario hacer insertar la excepción o excepciones en las fórmulas estrictas, pues en las de buena fe podían ser consideradas por el juez si el demandado las había invocado como -

Universidad Central
INSTITUTO de DERECHO COMPARADO

defensas al contestar la demanda y probaba los hechos sobre los cuales se fundaban, aunque nada excluía que pudieran, también en tales casos, hacerse insertar en la fórmula como excepciones: Savigny, op. cit. p. 168.

El lugar que ocupaba la defensa en la fórmula determinaba el carácter de la misma, de modo que si se insertaba entre la intentio y la condemnatio (Zimmern), o después de la condemnatio (Savigny, op. cit. p. 169 nota 1), se llamaba excepción, y si la inserción se hacía antes de la intentio se llamaba praescriptio. Monier (Manual elemental, t. 1, 1947, en francés, p. 179, No. 140, dice que la excepción apareció después que la prescripción, y en nota 2 al pié de esa página explica que para algunos autores el pretor, antes de llegar a la excepción, obraba mediante la denegación de la acción, si se le demostraba que aquella de admitirse produciría una iniquidad. Lo cierto es que defensas que antes se colocaban como praescriptiones se convirtieron luego en excepciones. La particularidad que presenta la prescripción era que constituía un concepto mas lato que el de la excepción, pues podía involucrar también al actor: Gayo, Inst. IV, 7, 130-133.

La praescriptio del actor, dice Monier, op. cit., tenía por finalidad determinar o precisar la cualidad con que actuaba en justicia o que no era todo el derecho el que deducía en la acción, a los fines de evitar las inexorables consecuencias de la plus petitio.

Supongamos por ejemplo que el tutor de un pupilo quiere reclamar interés de este último la herencia de una persona fallecida, la cual puede tener también derecho; se cuidará de hacer insertar como praescriptio la cualidad o el carácter con que actúa ya sea para que en caso de accionar en su propio interés no se le pueda oponer la cosa juzgada, o bien para evitar la pérdida de beneficios hereditarios obtenidos dentro de la sucesión litigiosa. De igual modo a los efectos de evitar en las acciones de derecho estricto la plus petitio re, loco, tempore, causa, tendrá que hacer insertar la salvedad como prescripción.

También antiguamente el demandado podía hacer incluir en la fórmula, ante de la intentio, determinadas defensas que el juez estaba en el deber de examinar en primer lugar pues la procedencia de las mis

mas hubiera obstado a la decisión de la litis, como por ejemplo, si alguién reivindicaba una cosa contra la sucesión, invocando su carácter de heredero del propietario; el demandado podía como prescripción - hacer insertar la defensa de que la sentencia prejuzgaría sobre la cuestión de la petición de herencia, etc. ver Monier, op. cit. p. 179, No. 140, a), b).

Savigny, op. cit. p. 169, dice que se llamaron praescriptiones en virtud del lugar que ocupaban en las fórmulas, y se conservó la denominación aún cuando desde fines del siglo II de nuestra era por lo - menos, con respecto al demandado, ya no hubo prescripciones, pasando a designarse así a las excepciones. Se adquirió la costumbre, agrega Savigny, op. cit. ps. 169 y 170, de considerar sinónimos a ambos - términos. Finalmente la abolición del procedimiento formulario determinó que con la extinción de las fórmulas perdiera importancia el nombre especial que tal tipo de defensas tenía, de ahí que en la época de Justiniano praescriptio y exceptio tienen igual sentido, ver Savigny, op. cit. nota i) p. 168. Y los juristas modernos terminaron por llamar - prescripción a la extinción de las acciones por el transcurso del tiempo.

Con la reforma del procedimiento carecía ya de sentido la palabra excepción desde el punto de vista del lugar que ocupaba en la - fórmula, pero mantuvo en cambio el de defensa fundada en un derecho independiente del demandado.

241o.) Clases de excepciones.- Según Gaio, Inst. IV, 7, 118 algunas figuraban en el Edicto general del Pretor y otras en cambio se acordaban por el magistrado, caso por caso, previo conocimiento de - causa. A estas últimas, enseña Savigny, op. cit. 7 ŷ 227, ps. 174 y - 175, se las llamaba in factum como a las acciones creadas para cada - caso particular. Numerosos textos de las fuentes se refieren a las excepciones in factum: así los Fragmenta Vaticana, ŷ 310, D. 44, 4, 4, ŷ 32.

También podían ser excepciones fundadas en el derecho civil o en el derecho pretoriano, Gaio Inst. Lib. IV, ŷ 118.

Estaban también las excepciones útiles que, como las acciones,

eran las que se fundaban no en la letra o espíritu de la ley sino en el principio del que derivaba, por analogía: D. 19, 5, 21.

El fundamento de la excepción puede ser procesal como ocurre con la excepción de foro, la procuratoria, la cognitoria, la projudicial, ver Savigny, op. cit. p. 176, nota e), o reposar en el derecho sustantivo. Desde este último punto de vista en D. 43, 18, 1 ỳ 4 se dice que al que se dá una acción con mucha mas razón se le concede una excepción, "El mismo derecho material, dice Savigny, op. cit. p. 176, puede, según las circunstancias, dar origen a una acción o a una excepción". De ahí que el que tenga acción puede hacer valer el derecho que la misma protege por vía de excepción. La regla recíproca, o sea que el que tiene una excepción, tiene por ello una acción, no es siempre verdadera, Savigny, op. cit. p. 176.

Precisamente son las excepciones de fondo, fundadas en reglas del derecho pretoriano, las que permitieron ejercer sobre el derecho civil la notable influencia que tantas veces hemos ya señalado. Mediante ellas el pretor ajustaba la rigurosa fórmula del derecho civil, adaptándola a las circunstancias particulares del caso, y permitiendo así, por esa vía, que se tuvieran en cuenta los principios fundamentales de la buena fe y de la equidad." por ejemplo, dice Justiniano en sus I. 4, 13 ỳ 1, si prometiste a Ticio por estipulación, coaccionado por miedo, o inducido en dolo o error, lo que no le debías, es indudable que te hallas obligado por la acción de derecho civil, con la que se pretende que tú debes dar o hacer (dare facere oportet): pero es inicuo que seas condenado y por ello se te dará la excepción de violencia, o de dolo malo o in factum establecida para impugnar la acción. "En igual sentido se pronuncia D. 13, 5, 3 ỳ 1. "Las excepciones más importantes de esta clase -afirma Savigny, op. cit. p. 177, nota g)- son las de dolo y de pacto; las excepciones in factum tenían el mismo objeto."

Agrega a continuación Savigny, a quién seguimos en esta importante materia, que la relación de las excepciones con las acciones determina las siguientes combinaciones: 1o.) a una acción civil puede oponerse una excepción civil o pretoriana; 2o.) a una acción pretoriana, una excepción civil o pretoriana. Y da luego los siguientes ejemplos: op.

cit. ps. 178 y ss: 1: acción civil y excepción civil: Condictio que resulta de un préstamo o de una estipulación, excepción del S.C. Macedoniano, del S.C. Veleyano, de la ley Pletoria. Reivindicatio o condictio que resulta de una estipulación, excepción de la ley Cincia. 2o.) Acción civil y excepción pretoriana: Condictio o acción reivindicatoria, excepción de dolo, de pacto, de juramento, de cosa juzgada. 3o.) Acción pretoriana y excepción civil: Acción de constituto y acción hipotecaria, excepción del S.C. Veleyano. Acción publiciana, excepción de dominio. Acción de peculio, excepción del S.C. Trebeliano. A toda acción pretoriana que resulta de un crédito, la excepción de la ley Julia proveniente de la cesión del patrimonio. 4o.) Acción pretoriana y excepción pretoriana: Acción publiciana, excepción hipotecaria, de juramento, de cosa juzgada. Acción de dolo o de violencia, excepción in factum.

Con respecto a la clasificación precedente y a la correlación entre las acciones y las excepciones conviene señalar que para una parte de la teoría romanista en verdad sólo es exacta la categoría correspondiente a acciones civiles y excepciones pretorianas, no siendo las otras sino creaciones ulteriores llevadas a cabo por medio de la analogía, pero Savigny la refuta, op. cit. ps. 179 y 180.

Las excepciones pueden ser también dilatorias o perentorias; las primeras son las que no deciden el litigio, sino que impiden temporariamente el trámite del proceso sea porque se reclama una obligación antes de que se hubiera hecho exigible por el vencimiento del plazo establecido mediante pacto, o sea que se haya interpuesto la demanda ante un juez incompetente, o bien que deba decidirse una cuestión prejudicial. En el período clásico hay que tener en cuenta si este tipo de excepciones operan o no sobre la intentio; en el primer caso, como en la de plazo no vencido, hacen incurrir al actor en plus petitio y determinan en definitiva, y de modo indirecto, la extinción de la acción. De ahí que en tales supuestos ante el pedido del demandado de que se le otorgara una excepción de esa clase, el actor optará por no proseguir las actuaciones. Las segundas en cambio no tienen influencia alguna sobre el fondo de la cuestión.

Las excepciones perentorias atacan a laacción en si pues figuran en la condemnatio, de manera que de prosperar determinan el rechazo de la pretensión del demandante que no podrá reproducir la misma en juicio.

Las excepciones pueden ser finalmente in personam o in rem, según que puedan ser invocadas por una persona en particular o bien también por otras "como un heredero, un adquirente, un fiador", ver Savigny, op. cit. p. 183, y a veces por quien carezca de todo vínculo con la parte originalmente interesada, como ocurría con la excepción de la ley Cincia que según los Proculeyanos, podía ser invocada por cualquiera, como si fuera una excepción popular.

Las réplicas son excepciones que pueden oponer el actor a las excepciones del demandado, o sea que se basan también en un hecho independiente. El actor puede ante la exceptio opuesta por la otra parte negar el hecho en que se funde, o pretender que se ha extinguido por un acontecimiento posterior o bien oponer un derecho contrario: en este último se denomina réplica: Savigny, op. cit. ps. 195 y 196. En D. 44, 1, 2, 71 se dice que las réplicas no son sino excepciones provenientes de parte del actor, y en D. 44, 1, 22 se lee que la réplica es una excepción contraria, como una excepción de la excepción: ver Savigny, nota a), p. 196.

Veamos como se incluía la réplica en la fórmula: Savigny, op. cit. p. 197 nos suministra el siguiente ejemplo: "Si aparece que el fundo sobre el cual se acciona fuera de Aulo Agerio, oh juez! condena a Numerio Negidio, si el fundo no hubiera sido locado por Agerio a Negidio, o si por dolo malo de Negidio se hubiera celebrado esa locación." La frase "si el fundo no hubiera sido locado por Agerio a Negidio", constituye la excepción; y la que sigue "o si por dolo malo de Negidio se hubiera celebrado esa locación", es la réplica. El juez debe condenar a Negidio sea que no se pruebe que Agerio le había alquilado el fundo o bien que esa locación se había obtenido mediante dolo malo.

Las réplicas como las excepciones podían fundarse en el derecho civil o en el derecho pretoriano.

Contra la réplica el demandado puede a su vez defenderse con-

una dúplica que es de la misma naturaleza que aquélla y que la excepción, y asimismo la dúplica puede ser rechazada mediante una triplicatio de parte del actor, etc.

242o.) Las partes ante el juez.- En el procedimiento formulario otorgada la acción y designado el juez las partes debían comparecer ante este en el día que hubiera fijado el magistrado o bien el mismo iudex. La audiencia era pública y el juez solía ser acompañado por asesores: ver Roby, Roman Private Law Vol. II, Camdbridge 1902, 407; Donelo, Libros de los Comentarios de Derecho Civil, Lib. 18 cap. II, t. 5 Opera Omnia en latín, Florencia 1844, p. 5, dónde recuerda que el juez Caio Aquilio en la causa Pro Quinctio estuvo acompañado por tres asesores, etc.

Concurrían actor y demandado acompañados por sus abogados u oradores: se sabe que en las causas criminales se les limitaba el uso de la palabra; acaso ocurriera lo mismo en materia privada. El abogado de cada parte hablaba solo una vez, pero podía ocurrir que tuvieran más de un orator, en cuyo caso cada uno tenía derecho a hacer uso de la palabra.

La prueba puede consistir en declaraciones de testigos, documentos privados o públicos, juramento, Bonfante, Istituzioni di Diritto Romano, 8 ediz. Milano 1925, p. 126. Los testigos antes de declarar debían jurar: Roby, op. cit. Vol. II, p. 408; se solía también presentar declaraciones prestadas ante testigos.

La carga de la prueba recaía sobre el que afirmaba el hecho: el actor debía por lo tanto probar los hechos que fundamentaban su acción; y el demandado los de sus excepciones o defensas, que se basaran sobre circunstancias o acontecimientos que obstaban al derecho invocado por la otra parte.

El juez tenía la libre apreciación de la prueba; sólo en la época postclásica comenzó a regularse esa materia estableciéndose límites y criterios legales de valoración.

Terminada la prueba los abogados concluían sobre la causa: tales conclusiones o alegatos se denominaban "altercationes". El proceso era totalmente oral y se debatía, en lo posible, el mismo día, pero si-

se postergaba por razones de falta de tiempo, se actuaba siempre de modo de concentrar toda la prueba, de escuchar a los testigos sin dilaciones y de modo que el juez pudiera apreciar de visu las reacciones de los mismos, procurando formarse una acabada convicción sobre el asunto.

La fundamental importancia que se asignaba a la tarea de juzgar surge de la Disertación de Favorine sobre los deberes del juez que nos cuenta Aulo Gelio, Noches Aticas, col. Nizard, Lib. XIV, Cap. II, Paris 1860, ps. 658 y ss. En D. 22, 5, 3, 72 se reproduce un rescripto por el cual se dirige Adriano a Valerio Vero quién le había pedido instrucciones sobre el criterio a seguir para valorar las pruebas y el emperador le dice que si bien en muchos casos se podrá obtener la verdad mediante documentos, en muchos otros, y a falta de ellos, habrá que considerar el número, el buen concepto, etc. de ellos, y sin perjuicio de señalar que no quiere establecer reglas generales, le dice que conviene siempre valorar en conjunto todas las probanzas de modo que se forme la convicción sobre la causa conforme a su conciencia: Cuiacio, Libros de Observaciones y Enmiendas, Opera Omnia, edic. de Prado t. 1, 1836, p. 23.

Las partes deben actuar conforme a las reglas de la buena fe, de ahí que se estableciera expresamente en C. 2, 59, 2, que contestada la demanda el juez, las partes y sus abogados debían prestar juramento, en audiencia pública, ante los Santos Evangelios el actor de no obrar en forma calumniosa, el demandado de no oponerse a la pretensión de aquél sino en virtud de tener una buena razón, los abogados de actuar con lealtad y el juez de acuerdo a su conciencia.

El juez, instruída la causa, dictaba la sentencia, acto jurídico que ponía fin al litigio, condenando o absolviendo al reo o demandado. Por el testimonio de Aulo Gelio pareciera que estaba facultado el iudex en caso de que no llegara a adquirir la convicción de la verdad para sobreseer la causa mediante un pronunciamiento concretado en dos palabras: non liquet; pero salvo excepciones el juez tiene el deber de fallar: C. 3, 3, 3, emperadores Diocleciano y Maximiano.

La sentencia dictada por el iudex no era atacable con nin-

gún recurso: era inexistente sino se habían cumplido los requisitos establecidos por el orden jurídico o bien era existente y en tal caso no era susceptible de remedio de naturaleza procesal. Podía en todo caso dar origen a un in integrum restitutio (restitución por entero) pero no a recursos que se fundamentaran en la nulidad o en la injusticia de la decisión. Sólo con el principado, con la aparición de los funcionarios o sea de los delegados del emperador, con el principio de que el príncipe era el titular original de todo poder y por ende de la jurisdicción, se empezó a considerar la actuación de los jueces como propia de delegados del emperador, en cuyo nombre actuban, de ahí que se concibiera la posibilidad de recurrir de sus decisiones. Al principio, desde luego, tal consecuencia solo se admitió con respecto a las decisiones de los funcionarios imperiales: los prefectos y legados, pero con el transcurso del tiempo se extendió también, a medida que se fué acentuando el contralor por parte del príncipe, a los magistrados republicanos y se estableció de ese modo un orden jarárquico que iba desde el pretor urbano, al prefecto para la ciudad y al prefecto del pretorio y llegaba a la fuente originaria de toda jurisdicción, el emperador. Fué así que pudo apelarse de las decisiones del pretor urbano al prefecto de la ciudad, y de las de este al prefecto del pretorio, hasta que se dispuso en la época postclásica que en principio no pudiera recurrirse de las decisiones dictadas por los prefectos del pretorio. Desde luego que todo este sistema rigió con relación a los procesos extra ordinem, y no a los que se basaban en la jurisdicción y la acción que se resolvían por el iudex o el árbitro. Sin embargo aquél sistema fue poco a poco imponiéndose a este último, y en definitiva es el que predomina en el Bajo Imperio.

Dictada la sentencia que condena al demandado debe ejecutarse; las formas de ejecución variaron según las épocas. La tímida intervención del Estado en los litigios justifica que durante siglos no se recurriera a la ejecución manu militare, substituyéndose en cambio por una nueva acción la actio iudicati, y un procedimiento que tenía por finalidad tomar posesión de la persona del deudor, de sus familiares inmediatos y de su patrimonio, actuando de ese modo el acreedor en forma negativa: amenazaba con causar un mal para compeler psicológicamente a los que tuvieran interés en la suerte del deudor para que dieran

satisfacción a su interés y lo rescataran. En otras palabras, la ejecución se hallaba en tales casos íntimamente ligada con el concepto de la obligación, cuya característica esencial era la de conferir al titular del crédito un verdadero poder de agresión sobre la persona del deudor. El procedimiento utilizado era el de la manus injectio: mediante la in ius vocatio y luego de transcurrido el plazo de 30 días dentro de los cuales el condenado debía pagar, sino lo hacía, era llevado ante el magistrado y no podía defenderse por sí mismo. De no encontrar quién lo hiciera en su lugar era adjudicado al acreedor que procedía a llevarlo a su casa y a aherrojarle, estando previsto en la Ley de las XII Tablas hasta el peso de las cadenas (15 libras) y los alimentos diarios que debía suministrarle. Debía aguardar 60 días, dentro de los cuales debía llevar al deudor tres veces en día de mercado (3 veces en 24 días) al foro para ver si alguién se condolía de su suerte y lo rescataba. El deudor o condenado era un verdadero rehén; transcurrido ese plazo podía el acreedor, si nadie había que pagara la condena, venderlo trans Tiberim como esclavo o hasta matarlo. Posteriormente se atenuaron estos efectos rigurosos prohibiendo a los acreedores recluir a los deudores en sus cárceles privadas y compeliéndolos a encerrarlos en las públicas, hasta que finalmente se les quitó el poder de enajenarlos o matarlos, convirtiéndose el vínculo de sujeción en un deber de trabajo por un cierto número de años hasta que el deudor satisfaciera de ese modo el cumplimiento de sus obligaciones.

Si aparecía un tercero (vindex) que lo defendía en el proceso de ejecución el condenado quedaba desligado de la sentencia, y se trababa un nuevo pleito con el garante que, en caso de ser vencido, debía pagar el doble.

Posteriormente y por la ley Visellia de fines de la República se permitió al condenado defenderse, fuera de ciertos casos, por sí mismo.

Si el deudor ha muerto sin dejar herederos tal procedimiento de ejecución de la sentencia no es posible, de ahí que deba hallarse en tales supuestos otros caminos a los efectos de que no quede sin tutela el derecho del vencedor. La circunstancia de que la obligación ca-

rece de contenido económico en los primeros tiempos del Derecho Roma no explica que se recurriera por vía pretoriana a la adjudicación del patrimonio a un tercero, (benorum emptor) para colocarlo en el lugar del deudor y previa las correlativas reformas introducidas en las fórmulas por el pretor Rutilio, se pudiera accionar contra él como si se tratara en efecto del primitivo deudor.

Pero al mismo tiempo los magistrados en Roma y los promagistrados en provincia se encontraban con el problema de cómo garantizar el cumplimiento de la palabra empeñada o de dar curso a las indemnizaciones de los daños producidos por hechos ilícitos del derecho de gentes, y no pudiendo recurrir al anterior procedimiento del derecho civil tuvieron que hallar una nueva manera, para lo cual se valieron del imperium. Se trató entonces de desapoderar al deudor privándolo de su patrimonio y creándole un sucesor universal en vida, con la consiguiente tacha de infamia. Fue la Bonorum Venditio, original criterio que sirvió sin embargo como fundamental iniciativa para cambiar el contenido de la obligación y transformarla de un elemento coactivo y negativo, en un elemento positivo y económico. La institución parece que fue creada por el pretor Rutilio Rufo en el año 636 de la fundación de Roma y tuvo por origen la bonorum distractio utilizada por el Estado en la ejecución de las prendas tomadas a sus deudores que no cumplían con las obligaciones. Consistía esta última en una especie de ejecución realizada sobre bienes en particular del obligado.

Monier: op. cit. t. 1, p. 172 relata el procedimiento: el acreedor o los acreedores piden al magistrado dicte un primer decreto por el que ordena se tome la posesión del patrimonio del condenado: missio in possessionem: constituye una medida extraordinaria que tiene por fundamento el imperium, y cuya finalidad es cautelar, persigue la conservación de los bienes y asegurarlos de modo que el titular de los mismos, el deudor, no pueda disponer de ellos en perjuicio de los acreedores. Si hay varios de estos el magistrado designa entre ellos el encargado de cuidar los bienes, hacer el inventario, es el curator bonorum. Se publican enseguida edictos (prescriptiones) por los que se hace saber la toma de los bienes y para permitir a los acreedores que pudiera tener el

deudor conocimiento del hecho a fin de que tomaran la intervención - que les correspondiera. Al cabo de 30 días si el deudor estaba vivo, o de 15 si había muerto, se dictaba por el magistrado un segundo decreto por el que ordenaba a los acreedores que se reunieran y eligieran - entre ellos un magister bonorum que será el encargado de la venta: él es el que tendrá que preparar la lex venditionis, cuaderno de las condiciones de venta, donde figura el estado de los bienes, el de los créditos y el de las deudas.

Realizadas esas operaciones y luego de un plazo de 30 ó de 15 días según que el deudor estuviera vivo o hubiera fallecido, ordenaba el magistrado la adjudicación, procediéndose a realizarla a favor del que ofreciera pagar el mayor porcentaje de los créditos que gravaban - el patrimonio. La persona que resultaba adjudicataria recibía el nombre de bonorum empetor y era un sucesor universal; se trataba de un sucesor pretoriano de modo que solo adquiría los bienes in bonis pero al cabo de los plazos de uno o dos años, según se tratara de cosas muebles o inmuebles, se convertía en propietario del derecho civil.

Asimismo y mediante la adaptación de la fórmula Rutiliana podía accionar reclamando el pago de los créditos que existían a favor del patrimonio, y podía ser demandado por los acreedores en la proporción o porcentaje que había ofrecido pagar al tiempo de la venta en - block.

Si no cumplía con tales obligaciones se procedía contra él en igual forma, con la circunstancia de que entonces también era responsable con sus propios bienes que mediante la adjudicación se habían confundidos con los del anterior deudor.

Este procedimiento halló sus atenuaciones; en época de Julio - César se permitió mediante una ley Julia al deudor de buena fe hacer - cesión de su patrimonio a los acreedores, lo que le garantizaba: a) el - no incurrir en la nota de infamia; b) el gozar del beneficio de competencia que le autorizaba a retener lo necesario para alimentarse él y - su familia.

Del mismo modo por razón de la jerarquía se exceptuó a ciertas personas de la aplicación de la Bonorum Venditio, como los senadores,

autorizándose sólo contra ellos la bonorum distraetio, o sea la ejecución individual o sobre bienes particulares. La misma solución se aplicó tratándose de impúberes y de furiosos (locos): D. 42, 5, 6; D. 42, 4, 7; D. 42, 4, 11; D. 17, 1, 21; D. 17, 1, 10.

Este sistema fue el que terminó por prevalecer y se hizo general en la época postclásica y es el que imperaba en tiempos de Justiniano.

Igualmente en dicha época desapareció la condena pecuniaria que era uniforme con el procedimiento de las legis actiones y se admitió la ejecución manu militare, por imperio del magistrado, sin que fuera entonces necesario recurrir al procedimiento de la actio iudicati que comportaba un nuevo proceso ordinario, en caso de que un tercero o el demandado se defendieran.

243o.) Transmisión de las acciones.- Las acciones constituyen elementos patrimoniales que representan a las mismas cosas o bienes cuya consecución persiguen, de manera que como tales y en principio se transmiten con los bienes a los sucesores universales; desde el punto de vista del sujeto pasivo son igualmente transmisibles y pueden, en consecuencia, ejercerse contra los herederos del deudor o del condenado. Pero si ello es cierto en principio, hay excepciones derivadas del carácter que tienen algunas acciones que por su naturaleza se consideran inherentes a las personas. En tal situación se encuentran las acciones penales que respiran venganza, como la acción de injurias, y que por ende no son susceptibles de ser ejercidas contra quien no sea el infractor, ni por quien no sea el agraviado. Hay otras acciones penales que aunque no se dan contra los herederos del delincuente, se otorgan sin embargo a los herederos del damnificado, como las de hurto, de sustracción violenta de los bienes, del daño de la ley Aquilia.

Las acciones que surgen de los actos lícitos, como los contratos, por lo general se transmiten activa y pasivamente a los sucesores universales, salvo la de dolo, a menos que el heredero haya obtenido algo del acto fraudulento.

La litis contestatio producía el efecto de perpetuar la acción, de modo que aunque fueran acciones penales intrasmisibles luego de la

traba de la litis pasaban a los herederos en forma activa y pasiva. Lo-mismo ocurría sino había podido llegarse a esa etapa procesal en vir - tud de demoras provocadas de parte del demandado.

En la época clásica y por intermedio de Celso se dispuso que - en todo caso y aún tratándose de acciones instransmisibles los herederos respondieran siempre en la medida del enriquecimiento.

244o.) La prescripción.- Los juristas romanos distinguieron desde el - punto de vista de la duración de las acciones, las perpetuas, o sea las creadas por el derecho civil y las temporales o anuales, a sa - ber las establecidas por los magistrados en sus edictos. De modo que en principio las acciones fundadas en el derecho quiritario podían ejercer cerse siempre, mientras que las que otorgaban el pretor o los otros ma - gistrados tenían una duración anual en virtud de que se fundaban en - el imperium y de que el magistrado duraba un año en su magistratura.

Razones de equidad determinaron que por un lado se pusiera - un límite al ejercicio de las acciones del derecho civil y por otro se - extendiera el correspondiente a las acciones del derecho honorario, - surgiendo de esa manera como remedio pretoriano una nueva institu — ción: la prescripción extintiva. El derecho Imperial tomó la materia y la sistematizó creándose así todo un conjunto de reglas que determina ron: una serie de plazos de prescripción. Hubo primero una prescrip — ción general para todos los supuestos en que no se establecieran pla - zos menores y fue la prescripción de 30 años. Se llegó a este resultado en materia de acciones in personam que eran imprescriptibles de la siguiente manera. Para las acciones in rem se admitió que pudiera invocarse la prescripción de 10 años entre presentes y de 20 años entre ausentes, entendiéndose por tales los que vivían o no en la misma provin cia, siempre que el poseedor fuera de buena fe y tuviera justo título. Constantino dispuso que tratándose de ese tipo de acciones en caso de que faltara algunos de los requisitos mencionados anteriormente se cum pliera la prescripción entre los 30 y los 40 años. Y finalmente Teodo - sio II en el año 424 mediante una constitución estatuyó luego de retifi car las disposiciones mencionadas, que las acciones que no tuvieron un plazo fijado prescribieran a los 30 años. De este modo se involucró en

dicho plazo la petitio hereditatis (acción de petición de herencia) y también a las acciones personales. No se incluyó a la acción de demarcación de límites (finium regunderum) pero Justiniano suprimió esta excepción, manteniéndose excluída solamente del régimen de la prescripción la acción hipotecaria. El emperador Anastasio en el año 491 dispuso que prescribirían en el plazo de 40 años todas las acciones que no estuvieran sujetas a ningún otro término. Parece ser que el propósito de esta constitución era comprender a la acción de regulación de límites que era imprescriptible, y que con Anastasio prescribió a los 40 años, con Justiniano a los 30 años. La acción hipotecaria quedó excluída hasta que el emperador Justino I le fijó como término el de 40 años.

No hay motivos para creer que de la disposición de Teodosio II quedaran exceptuadas las acciones prejudiciales, pero si lo fueron habrían sido alcanzadas por la constitución del emperador Anastasio: ver Savigny, op. cit. ps. 280 y ss. de la edición francesa.

Los requisitos para que la prescripción se opere son los siguientes: 1o.) actio nata; 2o.) que no haya sido legalmente interrumpida; 3o.) la buena fe; 4o.) el transcurso del tiempo.

Para que una acción pueda prescribir es necesario que haya nacido o sea que se haya producido la violación del derecho que justifique el interés del titular en accionar; mientras ello no ocurra no puede concebirse que comience la prescripción. Tiene esto importancia porque ese hecho es el que determina el nacimiento de la prescripción y configura el dies a que del término, o sea el punto inicial desde el cual ha de computarse el plazo legal asignado para que la acción se extinga por el transcurso del tiempo. Para la determinación de ese momento hay dos criterios: uno objetivo y otro subjetivo; el primero determina que basta la existencia de la lesión del derecho para que comience el plazo de la prescripción, con prescindencia del conocimiento y de la posibilidad de accionar que tuviera el interesado; el otro en cambio tiene en cuenta estas circunstancias, haciendo depender de ellas el nacimiento del tiempo de la prescripción.

La prescripción se interrumpe por la cesación de la violación

del derecho (el poseedor de la cosa ajena deja de poseerla), por el reconocimiento del derecho del adversario y por el ejercicio de la acción en juicio.

La buena fe se requiere en lo que concierne a la prescripción de las acciones in rem.

Finalmente los plazos son los previstos por la ley para cada clase de acción.

245o.) Medidas extraordinarias.- La tutela del derecho no se agotaba con la acción pues para solucionar conflictos que no podían regularse mediante esa vía el magistrado con la ayuda de los prudentes buscó y encontró las maneras de encauzarlos de modo que pudieran en definitiva hallar la protección jurisdiccional.

Para la cabal comprensión de este problema es menester considerar previamente la siguiente circunstancia: el orden jurídico romano durante muchísimos siglos fue un ordenamiento restringido y limitado, por lo que ni todas las personas, ni todas las cosas, ni todas las controversias se hallaban amparadas por la regulación que el derecho ofrecía. Verdad es que con la modificación del procedimiento y la posibilidad que se ofreció al pretor urbano de elaborar un sistema abierto de fórmulas le permitió en gran parte incorporar por la vía del derecho de gentes muchas relaciones jurídicas que se hallaban al márgen del antiguo derecho quiritario, pero aún así quedaron todavía excluídas muchas situaciones dignas de consideración y tutela para las cuales no hubo otro camino que el de las vías extraordinarias.

Por lo demás soluciones similares utilizadas antes de que pudiera recurrirse a la normación del derecho de gentes, luego de su recepción subsistieron por hábito y se mantuvieron como formas de solucionar ciertas clases de conflictos paralelas a las ofrecidas en el Edicto y fundadas en la equidad y la buena fe.

A esta categoría de remedios pertenecen los interdictos en cuya evolución podemos distinguir tres etapas: 1o.) en sus orígenes los interdictos constituyeron un medio utilizado por el magistrado para colmar una laguna del derecho civil. Ciertas relaciones, las derivadas

de la posesión del ager publicus se hallaban fuera de la protección del derecho civil. Al comienzo el pretor interpondría directamente su imperium para resolverlas, sea que un poseedor fuera desprovisto de la posesión por violencia o clandestinamente, sea que el precarista se negara a restituir el fundo, instruyendo directamente la causa y terminándola mediante una decisión denominada decreto.

Por lo demás lo concerniente a la utilización de las cosas extrapatrimoniales no pedía tampoco hallar amparo por la vía de las acciones y del derecho civil, ya que por definición, al hallarse fuera del patrimonio de los particulares, se consideraban cosas de nadie, algunas de las cuales por cumplir un fin trascendente requirieron pronto una apta tutela frente a las transgresiones de que podían ser objeto. De esa manera las cosas del derecho divino: sagradas, santas y religiosas y las del derecho humano: comunes, públicas y de una corporación o municipio, cayeron dentro de la esfera de protección pretoriana fundamentada directamente en el interdicto.

El ciudadano que quiere utilizar una plaza o una vía pública, el que quiere aprovechar el agua del río, la playa del mar, etc., de resultar obstaculizado por la ilícita acción de un tercero, no podrán solicitar el amparo del derecho civil que en principio se halla dispuesto para proteger relaciones patrimoniales. Los medios del derecho público empleados en la reparación de las violaciones de sus preceptos se determinan por la aplicación lisa y llana del imperium.

De ahí que todas esas relaciones al margen del derecho civil pertenecían al campo de la actividad administrativa y por medio de esta eran susceptibles de protección adecuada.

El cúmulo de tareas del magistrado debió en cierto momento decidir al magistrado a procurar que se derivara el problema hacia el terreno de la tutela jurisdiccional. Pero para ello era menester que la materia de la controversia pudiera adoptar la forma adecuada que le permitiera c servir de contenido a una acción de la ley. Y se halló dicha forma en el interdicto, o sea en el decreto que antes constituía la fase final del procedimiento realizado enteramente ante el magistrado, y que desde entonces constituyó la primera etapa. El pretor urbano dictaba a-

si luego de oir a las partes una orden, prohibitoria, exhibitoria o restitutoria, dirigidas a una o a ambas, según se tratara de un interdicto simple o doble. Si la parte afectada o las partes, según los casos, se avenían a dicha orden terminaba allí el conflicto, se solucionaba la controversia y se lograba la paz. Si en cambio no se daba cumplimiento a la orden, esta misma constituía el material que servía para el ejercicio de una acción de la ley, de donde en tales casos el interdicto desembocaba en el proceso común y jurisdiccional.

Por esa vía se consiguió que las antedichas situaciones no contempladas por el derecho civil y que no podían por consiguiente ser materia de debate a través de las acciones de la ley, a través de la forma interdicta., se incorporaran al régimen de las acciones. Por eso hemos dicho que en los comienzos los interdictos constituyeron recursos utilizados por el magistrado para colmar las lagunas del derecho civil. Lejos de ser entonces la tutela interdictal una forma más rápida y sumaria de resolver ciertas situaciones contempladas con favor por la comunidad se convirtió en virtud de la finalidad que con ella se perseguía en un procedimiento más lento y engorroso.

2o.) Con la introducción de las fórmulas varió la situación en el sentido de que el pretor urbano pudo conceder acciones para la protección de vínculos desprovistos de eficacia según el derecho civil, empero no desaparecieron los interdictos y subsistieron como remedios procesales. Se diferenciaban de las acciones porque estas terminaban con la sentencia, y los primeros en cambio comenzaban, previo conocimiento de la causa, con un decreto del magistrado que prohibía, ú ordenaba exhibir o restituir. Si el interdicto no se cumplía se organizaba sobre la base del mismo un procedimiento ordinario, o sea mediante la jurisdicción y la pertinente fórmula. Para los interdictos prohibitorios el procedimiento se realizaba mediante la sponsio y para los exhibitorios y restitutorios por la fórmula arbitraria.

3o.) Finalmente en la época post clásica los interdictos se convirtieron en acciones extraordinarias; desaparecido el juicio con las dos instancias, "in iure" e "in iudicio" y con ello el sistema de los jueces particulares, los interdictos se caracterizaron por constituir vías más rá-

pidas y sumarias para la resolución de ciertos conflictos a los que por diferentes razones de concedía una particular atención.

Existieron en el derecho romano muchas clases de interdictos ; se los clasifica en públicos y privados; mediante los primeros se tutelaban múltiples relaciones de derecho administrativo y público, y en cierta medida, representó en aquel derecho la función que hoy tiene el recurso de amparo. También se los agrupa en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios, según que se prohiba, o se ordene restituir o exhibir. Pueden ser simples o dobles conforme a la orden se dirija a una sola o a ambas partes. Hay interdictos universales que persiguen el patrimonio, y otros son singulares, persiguen cosas en particular.

Gran importancia tienen los interdictos posesorios de los que nos ocuparemos al tratar la posesión.

Pertenecen a esta categoría de las medidas extraordinarias las in integrum restitutiones, es decir las restituciones por entero, cuyo origen se debe a la necesidad de atemperar los rigurosos efectos del derecho civil. La teoría de la manifestación de voluntad, según explicamos ya en la lección anterior, nació en la esfera del derecho de gentes que es donde se tuvo en cuenta la intención, la libertad en la celebración de los negocios jurídicos. Para el ius civile en cambio bastaba con que existiera la capacidad de los sujetos y que se cumplieran las formalidades por él precriptas para que el acto fuera válido, aún cuando la voluntad estuviera viciada por error, dolo o violencia. Tal situación no era equitativa y para reparar las consecuencias inexorables del derecho civil el magistrado halló la manera de interponer su imperium a los efectos de desbaratar el ejercicio de una acción civil mediante la cual se perseguía el cumplimiento de una prestación contraria a la buena fe, o bien de volver las cosas a su estado anterior si se había producido los efectos del negocio celebrado. En el primer caso otorgó una excepción y en el segundo, previo conocimiento de la causa, permitió mediante el ejercicio de una acción rescisoria volver lo actuado al momento anterior a la concertación del contrato. De esa manera, se conseguía un resultado similar al que se hubiera logrado de haberse conocido la teoría de las nulidades de los actos del derecho civil. Pero

el recurso elegido era todavía mas flexible y el magistrado pudo extenderlo a situaciones en que los negocios eran plenamente válidos aún para el derecho de gentes, no obstante lo cual existían ciertos hechos que autorizaban conforme a las reglas de la equidad que no se diera cumplimiento al negocio celebrado o bien, en caso de haberse perfeccionado, se restituyeran las prestaciones como sino hubiera existido.

Fue así posible hacer caer el negocio válido que un menor de 25 años hubiera realizado, perjudicial para sus intereses, en el cual la otra parte no hubiera empleado dolo pero se hubiera en definitiva aprovechado de la inexperiencia del adolescente. Fue posible también de igual manera subvenir a los ausentes y a los presentes cuando por la ausencia de la otra parte se veían privados de un derecho o de una acción.

Se aplicó también el remedio en los casos de capitis deminutio, cuando a raíz de ella el deudor sui iuris se convertía en alieni iuris y como consecuencia de ello se extinguían ipso iure las acciones derivadas de los contratos, y en los casos en que el demandado enajenando la cosa antes de la traba de la litis hacía mas difícil la situación del actor.

Por último estaban también como remedios extraordinarios las estipulaciones pretorianas a las que en los textos se las considera equivalente de las acciones. En el deseo de no dejar desamparado ningún interés digno de protección, el pretor recurrió a su imperium para compeler, estipular, en los casos en que no había posibilidad de proteger una situación por otra vía, al que con su actitud negligente podía causar un daño, es decir a obligarse por el derecho civil por las resultas de lo que pudiera ocurrir. Tal fue el caso de daño temido pero no hecho: cuando un edificio amenaza con el derrumbe, de producirse este el propietario vecino damnificado no tendría acción alguna para hacerse resarcir el perjuicio sufrido. El magistrado a pedido del interesado lo compele a prometer el resarcimiento e indemnización, y si se negara a hacerlo mediante una missio in possessionem pondrá a aquel en poder del edificio en cuestión pudiendo , si el propietario no lo rescata, adquirirlo por usucapión.-

## LECCION XIX

## PATRIMONIO - LAS COSAS - LA POSESION

246o.) Noción.- La idea del patrimonio como universalidad jurídica como expresión objetiva y pecuniaria de la personalidad, no se alcanzó en Roma sino a través de penosos e inciertos desarrollos, que - se caracterizaron fundamentalmente por resultar parciales. De ahí que no se llegara ni en la época de su mayor evolución doctrinaria a una - amplia y cabal concepción del patrimonio. Ello no solo se debe a la dificultad que encierra la materia, sino también a una circunstancia especial: en Roma, el individuo y las cosas se hallan en función de una- unidad superior, la aldea, el cantón y finalmente la familia en sentido mas restringido. De modo que el hecho de que sea la familia especialmente lo que hallamos hasta en los últimos tiempos de la comunidad romana, que constituye una unidad social, moral , cultural, política, - aunque en este último sentido bastante atenuada y económica, determinó que se vincularan los bienes, objetos del mundo externo que sirven para satisfacer necesidades, no tanto con el hombre en sí, sino con la familia de la que constituyeron un importante accesorio. La misma palabra patrimonio quiere decir: carga para el pater, y se refiere, en - consecuencia, a los medios de que disponía el jefe de la familia para- sufragar gastos, obtener los recursos económicos que permitieran el desenvolvimiento material, cultural, educativo, etc. de sus componentes. Ello significa que la circunstancia de que los bienes se refirieran a una unidad mas intensa que el individuo, hizo que la idea del patrimonio como faz económica del sujeto del derecho en sí, desconectado de los vínculos familiares, apareciera de manera ciertamente tardía y en todo caso como remedio o recurso técnico utilizado por los juristas pa-

ra resolver ciertas dificultades que no encontraban solución en las normas entonces existentes.

247o.) Epoca primitiva.- En los primeros tiempos no se concibe siquiera la posibilidad de calificar el conjunto de bienes que posee un grupo o familia como una expresión jurídica. Es más, ni siquiera los elementos que integran el haber de una unidad familiar se conciben como valores económicos. La obligación no tiene contenido positivo, sino negativo, constituye un vínculo de sujeción material que autoriza al que tiene al rehén (obligado) en su poder a ejercitar sobre él la venganza privada, destruyéndolo en el caso de que no se cumpla la promesa dada. La acción correlativa de la obligación no es sino el poder de causar un mal al obligado como consecuencia del incumplimiento; el acreedor no tenía interés en que se satisfaciera positivamente su pretensión, sino en ocasionar un daño al obligado en el caso que el deudor no cumpliera la prestación. Esta primitiva manera de considerar el problema, al margen de una regulación económica que pone por encima de las satisfacciones personales de la venganza el equilibrio patrimonial, se hallaba a tono con una organización primaria que no había comprendido aún el valor crematístico de las cosas. Preponderaban los factores absolutos, que giraban en torno a la venganza, al honor, consideraciones que excluían la posibilidad de convertir el incumplimiento de la promesa en una expresión determinada en un valor pecuniario.

También el dominio o la propiedad experimentaba un desarrollo semejante; lejos de constituir un poder económico sobre las cosas, constituía una exteriorización del poder viril sobre las mismas; la propiedad se adquiría con un acto de arrojo y valor: la conquista. Por eso la misma no podía concebirse como elemento patrimonial sino como una exteriorización gallarda del carácter y de la valentía del individuo. La lanza, que constituía para los romanos el símbolo más significativo de la justificación de dicho poder sobre la cosa, era el más rotundo mentís a la concepción del mismo en torno a la idea del intercambio pacífico y económico.

En tales tiempos ni siquiera era posible concebir la existencia -

del dominio distinto de la posesión: en la medida que se pudiera detentar la cosa e impedir que otro se sirviera de ella, existía la posibilidad del señorío sobre la misma. De modo que en tiempos en que no existía el Estado y en que la tutela de la situación de hecho que la propiedad suponía dependía de la fuerza y el arrojo de su titular, Estaban demás las consideraciones sutiles que la civilización ha creado en torno a una situación que luego no fue sino un poder reconocido por el Estado cuya tutela dispensa tanto al fuerte como al débil.

Obligación y propiedad son los criterios centrales sobre los cuales gira todo el existir de la primitiva comunidad; no se conciben al comienzo otras situaciones, y si luego en virtud de las necesidades que la agricultura plantea es menester reconocer la existencia de vínculos distintos, los mismos se consideran con respecto al suelo como cualidades o defectos propios de los fundos; surgiendo así las servidumbres, primero las reales, luego las que en forma impropia se llaman personales, aunque es factible que las primeras fueran anteriores al concepto del dominio como poder jurídico del individuo.

En una organización semejante apenas cabe el evento de que se conciban las cosas a la muerte del individuo como una unidad. Desaparecido el hombre, el sujeto físico que las detenta, las mismas se convierten en res nullius. Se necesitará una adecuada evolución espiritual para que se llegue, en aras de mantener el principio de inmortalidad, al criterio de considerar ese conjunto de bienes que deja el hombre a su muerte como constituyendo un todo de por sí, dotado en cierto modo de la personalidad trascendente del individuo que ha dejado de existir.

Pero hay además otro problema; los antiguos romanos se afincan y aferran más a la tierra que a las otras cosas; llegan más pronto a concebir el inmueble, el solar que produce el trigo y las hortalizas, el lugar que contiene la casa como perteneciente a una unidad ideal que las cosas muebles, los esclavos y demás valores. Y es así como respetando la inmortalidad o supervivencia del haeredium, centro material de la familia, permiten en cambio la libre disposición de los accesorios del mismo la pecunia y la familia, o sea los esclavos.

No hay duda que no se plantearon las cosas con tanta sencillez la inamovilidad del haeredium se debió sin duda más que a consideraciones éticas o derivadas del concepto de mantener en su unidad el grupo familiar, a razones fundadas en la circunstancia de que con respecto a la tierra prevalecía un concepto político. La tierra en tales primitivos tiempos, como cuadra a toda organización de tipo feudal como lo era sin duda la comunidad romana, se hallaba al margen de toda disponibilidad pues de su mantenimiento dependería sin duda la vida del cantón o gens.

De ahí se explica que el pater familias pudiera disponer mortis causa de la pecunia o familia, sin que la Ley de las XII Tablas, cimiento de toda la organización primitiva, se refiera al haeredium.

Pero en esa misma normación hallamos ya un progreso, una desvinculación del primitivo concepto de que la personalidad no ya del individuo sino de la misma familia desaparecía en función de una unidad mayor y abstracta, la gens o cantón. Ya era bastante para los tiempos que corrían que se admitiera la posibilidad de que el paterfamilias dispusiera a su albedrío, aunque con la intervención del populus, de los elementos que servían para el cultivo esto es como complemento de la primaria organización agrícola de los fundos. Quedaba todavía en la sombra una unidad mayor. La posesión del haeredium (dos jugera) constituía una insignificante manifestación del poderío de la familia, frente a las tierras de la comunidad que se poseían a título precario (ager publicus), y llama la atención que sobre el mismo nada diga la referida ley que constituyó el fundamento de toda la vida civil de la primitiva organización romana. Sólo sobre la base de una comunidad fundada en un acentuado criterio colectivo, es posible imaginar que dichas porciones del campo, que en teoría pertenecían a todos, y en la práctica se hallaban asignados en cuanto a su goce a ciertos grupos, estuvieran excluídos de la idea de una permanencia después de la muerte del jefe de familia que en nombre de esta las detentaba. Todo lo cuál nos lleva a las siguientes conclusiones: 1o) La casa (domus) y el jardín y huerto correspondían a la familia en si y no al jefe de la familia; 2o) Ocurría lo mismo con la parte del ager publicus que completaba la economía familiar en

lo concerniente a la utilización de los pastos y bosques;3o) sólo se admitió que pudiera el pater disponer por acto de última voluntad de los esclavos e implementos afectados a la agricultura .

Y bien, esta afectación de ciertas cosas a la unidad familiar - lleva de por sí ínsita la ulterior concepción de que los bienes o cosas que una persona al fallecer deja no han de considerarse como carentes de dueños, y por ende implida la fecunda idea de la transmisión universal. Lejos estaban aquéllos primitivos romanos de imaginar siquiera que con el decurso de los siglos ávidos y entusiastas juristas llegarían por esa vía, aunque inconcientemente a resultados similares sobre la base de que es posible lograr también en lo que a los bienes concierne la perdurabilidad del jefe familiar a través de los tiempos y después de - su muerte. Tentativas todas del espíritu humano para lograr también con respecto a las cosas pecuniarias la realización del ideal de que el hombre es inmortal.

El reconocimiento de que el paterfamilias pudiera disponer según su voluntad de los elementos que constituían accesorios sí, aunque fundamentales del cultivo y manejo de lo fundos, era de por sí ya una importante brecha a la cerrada organización feudal y comunitaria de la primigenia época que hacía fincar en la coexistencia en lo posible cerrada de los núcleos primitivos el secreto de su cohesión y fuerza. Se perfilaba de esa manera una nueva estructura que basaba más en el desarrollo activo del individuo el desenvolvimiento futuro del patrimonio que en la estática del mismo en función de unidades permanentes. La permanencia es la negación del desarrollo y de la evolución;es la muerte. La economía que pronto experimentó la ciudad del Tíber gracias a su río y a su comunicación con el mar, origen y fundamento de su grandeza, determinó que se abrieran aunque en forma incipiente los cerrados cuadros de aquél primitivo orden cerrado, que derivaba toda su razón de ser de la inmutabilidad de las circunstancias que lo rodeaban.

La muerte del jefe de familia en tales circunstancias y teniendo en cuenta cuanto antecede pocos problemas debía suscitar;si nada había dispuesto sobre la pecunia y la familia, qué duda podía caber de -

que junto con los haeredia y la porción de agerpublicus asignado a la-familia correspondían a los que integraban la misma?

Inusitado resulta que en un determinado momento pudiera el pater disponer de los accesorios o complementos de la tierra, y sin embargo ello ocurrió al punto de que se le autorizó a designar como titulares de los mismos a ajenas personas. Extraña desvinculación de lo principal y de lo accesorio. Nosotros no podemos explicarnos el fenómeno sino teniendo en cuenta que en definitiva en realidad la primitiva tierra, el solar de la familia no constituía una verdadera propiedad del pater, sino que constituía un núcleo propio de la misma familia que era indisponible.

Llegamos de todos modos a la conclusión de que la pecunia y la familia, con exclusión de los haeredia y de los derechos de ocupación de la tierra pública, constituían los elementos únicos que la muerte del pater, a menos que designara con respecto a los mismos herederos por testamento, se convertían en cosas de nadie susceptibles de ocupación por cualquiera. Esto nos lleva a la conclusión de que sobre esas cosas no trascendía la personalidad del causante a diferencia de lo que ocurría sobre el solar si bien con respecto a este no se trataba de esa idea sino simplemente de la concepción de que como tal pertenecía a toda la familia, con respecto al cuál el paterfamilias durante su vida no era sino un simple administrador.

En tales circunstancias, considerando que lo fundamental de lo que luego se tendrá por patrimonio subsistía en poder de los descendientes asignados que integraban la familia, la expresión de la voluntad del causante se hallaba limitada a las cosas de menos importancia que figuraban en su haber. Y sólo en la medida que las mismas no eran imprescindibles para la continuación de la explotación económica familiar era inconcebible que el pueblo permitiera que se transmitieran a terceros. La intervención del populus en los comicios calados como era de rigor en el primitivo testamento, justificaría la posiblidad de que se pudieran transmitir a ajenas personas implementos de la economía familiar.

Esto nos lleva a otro problema que es fundamental: la decisión-

del pater de suministrar los elementos de la economía familiar podía - implicar como se comprende fácilmente la extinción de su propia familia en beneficio de otra, lo que justificaba la intervención de la comunidad pues en el caso de que se decidieran por que un extraño lo sucediera aunque fuera en los elementos accesorios de su propia organización económica. Así se exigiría la decisión de la sociedad quedando así a criterio de esta si era eso o no, factible.

Es evidente sin embargo que la base de todo el organismo no residía en los bienes, ya que la familia no se consideraría como una pura unidad económica, sino como algo más trascendente, prevaleciendo en lo que a ella concernía los elementos religiosos y culturales. De ahí la posibilidad de que se separaran por un lado las cosas y por otro los bienes imponderables de la continuación sagrada y cultural del grupo.

Hallamos así en esta primera etapa una prevalencia de lo ideal y espiritual sobre lo material. Poco importa esto último, al punto que se permite al pater disponer de ello para después de su muerte, impidiéndole en cambio la libre disposición en cuanto tuviera relación con los valores imponderables que constituían la base de toda la organización social: los haeredia y la posesión de la tierra pública.

El fenómeno que señalamos se observa también al estudiarse el concepto del derecho y de sus primigenias fuentes de producción, circunstancia en que debe tenerse en cuenta el carácter esencialmente religioso del fenómeno jurídico. Raro es que los primeros tiempos además de demostrar una acentuada vocación por lo material tengan también un inefable apego por lo espiritual y trascendente; al punto de que olvidan en determinado momento la función del interés económico para - centrar todo el esfuerzo, sea en virtud de la superstición o del idealismo en valores imponderables como la familia.

De todos modos es cierto que en cuanto se estableciera el hábito de que el pater pudiera disponer por acto de última voluntad de - ciertas cosas, en caso de que muriera sin haberlo las mismas se considerarían como res nullius susceptibles de apropiación por cualquiera, aun que de hecho las tomaran sus mismos descendientes y continuadores en-

las cosas afectadas a la unidad familiar como el de heredium y la porción del ager publicus que le había correspondido en vida.

Y es que los romanos, desvinculadas las cosas de la unidad familiar y en función las mismas del solo individuo, no pudieron considerar sino que quedaban sin dueño una vez que su propietario fallecía. Quizás se vieron llevados a esta creencia firme en virtud de que los esclavos y animales de rebaño y las otras cosas muebles en virtud de la vieja concepción que sólo conocía la posesión del ser físico sobre las mismas, desaparecía con su extinción, habiendo construído para superar esa idea el criterio de que los elementos básicos de la comunidad familiar: el haeredium y la porción del ager publicus se hallaban exentos de esa posibilidad de ocupación por corresponder a una unidad superior e ideal que garantizaba al individuo su supervivencia aún después de su muerte.

Confundida la heredad y la parte del ager publievs con la misma familia, sólo las cosas muebles: los animales de rebaño (pecunia) y los esclavos (familia) constituían en los primeros tiempos la única manifestación económica distinta del ciudadano romano sui iuris. Desde que los elementos fundamentales: el solar y la tierra para la agricultura y el pastoreo obedecían a un destino que no estaba en manos del jefe de la familia cambiar, se explica que con relación a la libre disponibilidad de este se encontraran los rebaños y los esclavos y todo ello con la intervención del pueblo. De manera que al principio este último no prestaría su aprobación a un proyecto de última voluntad por el cuál el pater excluyera a los integrantes de su familia que se hallaban bajo su potestad sin que existiera un poderoso y justificado motivo. Y es que el de heredium y la porción del ager publicus tenían una significación política evidente pues constituían la base de la organicación constitucional de la comunidad. En cierta medida el pater era un jefe político y el buen orden de la agrupación toda dependía de que cada familia o aldea tuviera los medios económicos adecuados para poder subsistir y para poder mantener la organización.

Se puede así concebir que la facultad de disponer de los reba-

ños y esclavos por testamento no fuera al comienzo sino una forma de repartir dichos elementos entre los mismos integrantes libres de la familia que se hallaban sometidos al pater y que con su muerte se convertirían en sui iuris y jefes de otras tantas familias. Y bién es posible que se admitiera que si el pater no los consideraba dignos o que la cuantía de la tierra no justificara la división de la misma entre los que a su muerte se convertirían en sui iuris, se permitiera al pater como sucesor a uno solo de ellos o bien a un extraño, todo con la aprobación del pueblo, en cuyo caso este último recibiría al morir aquél no solamente los muebles sino también los inmuebles. Pero para que tal resultado se produjera fué menester hallar la manera de excluir a los heredes sui, lo que se consiguió mediante la desheredación.

El haeredium estaba constituído por dos juguera, medida consistente en la cantidad de tierra que se podía arar de sol a sol con un par de bueyes. Cien haeredia, o sea 200 jugera, integraban una centuria. Considerando que como mínimo una familia debía tener un haeredium resultaría que en tales casos no era posible la división a la muerte del pater por cuanto de ocurrir quedarían privadas las nuevas familias que surgían, de la tierra necesaria para vivir. Se concibe en cambio que si la familia poseía en propiedad mayor cantidad de yugadas pudiera el pater asignarlas mediante testamento conservando siempre la unidad del haeredium entre los que estando bajo su inmediata potestad al tiempo de su muerte se convertirían en sui iuris.

Es indudable de todos modos que en tales primitivas épocas la circunstancia de que la tierra se hallara estrechamente vinculada con la casa (domus) y por ende con el complejo religioso que ello significaba, impedía que se le diera a la misma valor económico y que pudiera concebírsela como elemento patrimonial.

La preocupación por consiguiente de hallar un sucesor a la muerte del jefe de la familia sólo podía existir al comienzo cuando se trataba de un pater que carecía de herederos suyos, es decir de agnados sometidos a su potestad. Si lo natural era que existiendo estos les dejara a ellos el dominio de las cosas que en principio también les habían correspondido en vida aunque en virtud de su jefatura dicho dominio fuera

más potencial que real, y que si bien se admitiera luego que el mismo pater pudiera prescindir de los propios cuando por considerarlos indignos, siempre que el pueblo compartiera su criterio, podía designar a un tercero como su sucesor en el desempeño de cargas y de una función que interesaba directamente a la comunidad, igualmente era natural que si no tenía descendientes naturales o artificiales existiera preocupación por el destino de dichos bienes, ya que de no dejarlos y de no hallarse la manera de suplir tal ausencia, era inevitable que los bienes se convirtieran en cosa de nadie susceptible de aprobación por cualquiera.

Si no hay herederos suyos ni el pater ha designado sucesor la familia se extingue. Es necesario evitar tal hecho aunque sea a costa de la misma idea de justicia. Técnicamente los bienes se convierten en tal supuesto, fallecido el pater, en res nullius. Cualquiera puede tomarlos, pero al mismo tiempo si lo hace se verá en la necesidad de cumplir las cargas y obligaciones que el conjunto patrimonial presupone.

Si la familia se halla en semejante situación no es difícil imaginar que los que se harán cargo cuando padezca acefalía serían los agnados colaterales, vecinos que por sus comunes intereses con el causante, se hallan legitimados a hacerlo, no obstante que si por omisión no lo hicieran se verán desplazados por cualquier tercero que si bien al principio revestirá el carácter de usurpador, podrá no obstante convalidar el vicio original de su titularidad mediante el transcurso del tiempo 1 año, con lo que la teoría de la usocapción se introdujo también en esta materia.

Para explicar la singularidad del fenómeno no existe otro camino que considerar que interesaba fundamentalmente al orden político de la misma comunidad que existiera, tanto desde el punto de vista religioso como económico, alguién que se encargara del solar desierto, de sus cosas muebles, afectadas a su administración. En todo esto poco o nada tenía que hacer la concepción del patrimonio como universalidad así como la circunstancia de que hubiera acreedores a los que se debía necesariamente desinteresar. Preponderaba sobre todo la preocupación de que no se dejara abandonado el solar y las cosas a él asignadas a los

efectos de cumplir las finalidades que la organización primitiva imponía.

Pero sin quererlo esta idea llevaba en sí el fecundo desarrollo de una ulterior doctrina que cuando desapareciera la fuerte impronta que la familia tenía, permitiría elaborar una nueva idea fundamento de la concepción que permite la continuación de la personalidad del causante desde el punto de vista, no ya religioso y político, sino económico.

El vació repugna a la naturaleza y del mismo modo en el campo social el abandono, la dejación de una situación establecida, la posibilidad de que una unidad menor deje de funcionar no se concibe, de modo que si no se halla la manera regular de suplir la ausencia creada por el difundo, se ha de admitir, cualquier otra, aún la usurpación, que permita volver las cosas al cauce que la rutina impone.

Hay que cumplir con los dioses y con los hombres, por eso nos dice Gaio que el tercero que se apoderaba de los bienes del pater adquiría el deber de cumplir con las sacra privata y desinteresar a los acreedores. Solución simple, exenta de sutilezas, impuesta por los tiempos cuando se ponía poco cuidado en las teorías e importaba más volver cuanto antes a poner en conexión el nudo real que la muerte interrumpía.

Sin embargo en la usucapio lucrativa pro herede, es decir en la posibilidad de ocupar el haeredium con todos sus accesorios sin otro título que la negligencia de los descendientes o colaterales, o bien del que había sido designado por el pater como sucesor, existía ya el germen de la ulterior doctrina que concibió al conjunto de bienes como algo distinto de una suma aritmética, y lo pensó como una unidad jurídica, y fungible distinta a las cosas y derechos que lo constituían.

Es cierto que posteriormente los emperadores encontraron dicha institución la usucapio, como pirática, contraria a la equidad y le pusieron frenos instituyendo el crimen de expilatae hereditatis y protegieron contra la misma a los descendientes asignados no tolerando que el transcurso del tiempo validara los agravios cometidos por el usurpador, pero

la idea permaneció como generadora de otra consecuencia aunque insospechada al comienzo, la de que ese conjunto de bienes constituía algo diferente a cosas dispersas que se sumaban, y que era en cambio una unidad diferente. De ese modo en el derecho civil o quiritario se alcanzaba aunque de modo imperfecto una idea de universalidad que posteriormente, y con ayuda de la labor pretoriana y como consecuencia de otros problemas completamente diferentes, hallaría eficaz y adecuado complemento.

248o.) La Bonorum Venditio.- La circunstancia de que la obligación recayera de contenido económico, y tuviera por esencia el ejercicio de la venganza privada, o sea la de infligir un daño al obligado que se hallaba en condición de rehén, impedía que se pudiera concebir como vínculo de derecho dotado de eficacia positiva y que sirviera por consecuencia para satisfacer el interés del acreedor. Pero si bien mientras subsistió la solución del derecho civil apta para las regulaciones propias de una colectividad cerrada en si misma, no hubo necesidad de introducir reforma alguna a tal concepción, cambiaron las cosas cuando mediante el intercambio fluvial y marítimo que explica la grandeza de Roma, se vieron los ciudadanos abocados al problema de una economía abierta que exigía la superación de los primitivos conceptos que en muchos casos, en la mayoría de ellos, servían como obstáculos para la consecución de los nuevos fines que la comunidad se proponía. Cómo haría el pretor para obtener que se pudiera garantizar la promesa realizada por el extranjero o por el mismo ciudadano cuando no se recurría a las vías, por imposibilidad de derecho o de hecho, que tenía establecidas el derecho civil? Dichos procedimientos en virtud de las tremendas consecuencias que acarreaban no podían sino revestir el carácter de excepcionales. Dirigidos contra la persona del obligado, produciendo consecuencias que podían llevar a la misma muerte sino a la esclavitud, exigían formas que suponían la intervención del derecho público. Una responsabilidad que imponía la esclavitud por lo menos, en una sociedad que se comenzaba a civilizar, no podía dejarse al arbitrio de cualquiera, de modo que se justificaban plenamente los requisitos solemnes que su consagración exigía. Pero también era cierto que una comunidad abierta a todas-

las posibilidades de la negación flexible que el comercio ultramarino - impone, no puede subsistir sobre la base de arcaicos prejuicios fundados en un feudalismo que la riqueza del dinero tiende sin duda a suprimir.- Y si por encima del augusto concepto de la familia, de la economía cerrada, se perfilaba en el horizonte un nuevo porvenir fundado en el puro desenvolvimiento del intercambio, era necesario sino imprescindible- hallar un nuevo modo que permitiera garantizar la promesa, con prescindencia de la voluntad del mismo que la había formulado, sino se quería que fracasara desde sus inicios el nuevo orden que se imponía.

El magistrado tenía que hallar la solución y no era fácil;por un lado se hallaban los sentimientos profundos de la misma comunidad que dejando de lado, por no conocerlos, los principios de la economía dineraria o pecuaria, fincaba todo su ser en viejas ideas de venganza y odio por otro lado se hallaba la traba que significan los vetustos conceptos - de que sólo a los ciudadanos podía acordarse la protección legal en la- reparación de los perjuicios.Pero Roma o se abría a los extranjeros o se- resignaba a compartir el obscuro destino de las ciudades feudales.Y cosa milagrosa, la ciudad que naciera precisamente por obra del río (Roma, Rumon, el río), instintivamente siguió los dictados de los Dioses que desde tiempo inmemorial habían trazado su destino, e inspiraron a sus magistrados la solución .Solución esta que se hallaba obstaculizada además - por una cara idea a los antiguos romanos:la del dominio.Según esta el - dominio o la propiedad no provenía del Estado.Una organización viril , fundada en la fuerza, Roma había sido el resultado de aventureros sin patria que se habían acogido a su refugio ávidos de aventura y de poder, y en cierto sentido despreciadores de las leyes humanas y divinas, considera el dominio, el poder sobre las cosas, como el resultado de la propia prevalencia corporal;la lanza fué siempre su signo distintivo.Los componentes de la ciudad en los antiguos tiempos hubieran despreciado al que les hubiera dicho que tal potestad sobre los objetos proviene y se halla- garantizada por el Estado, refugio de los débiles aunque realizador de - la justicia.En consecuencia aunque el magistrado tuviera la fuerza suficiente(imperium) para doblegar a los orgullosos quirites, se hallaba ante un obstáculo insalvable:no podía privar a los ciudadanos de la propiedad

que era algo anterior a la existencia del mismo Estado, no derivado de-él. Cómo garantizar en consecuencia el cumplimiento de la palabra empeñada? Al principio no cabía otra solución que la de tomar no ya la-persona, pues ello no era posible en la ausencia de las formalidades del ius quiritium reservadas a los ciudadanos, sino las cosas de su haber a - los efectos de amenazar con destruirlas, configurando así un efecto psicológico que pudiera influir en la persona del deudor de modo que se - aviniera a cumplir la prestación. Pero el desenvolvimiento mismo del comercio terminó por relegar esta idea como anticuada, y procuró la efectiva realización de los intereses del acreedor. Se hallaba el magistrado impedido por la fuerte concepción del dominio que impedía la posibilidad de cualquier solución que fuera la de privar al civis del orgulloso-poder que sobre la cosa existía mediante una forma reconocida y admitida por el derecho civil. Y entonces el pretor no tuvo otro recurso que-el de interponer su imperium para crearle un sucesor en vida al deudor-Esto que al principio parecía no tener otra trascendencia que la de obviar un obstáculo que la legislación ponía, resultó en definitiva una fecunda idea que permitió los desarrollos más insospechados, Pero al mismo tiempo que el magistrado recurría a la vía de privar de los bienes al deudor, se originaba no sólo la posibilidad de concebir la obligación como algo más que un vínculo personal, sino como una relación con el conjunto de bienes del deudor o del obligado. Y esto que en sí no tendría - al comienzo importancia práctica ninguna, con el decurso de los siglos-constituyó un aporte excepcional a la concepción del patrimonio. No-pudiendo el magistrado quitar un bien al deudor, le crea un sucesor universal en vida. Y lo que fué un recurso técnico para superar una dificultad del momento produciría con el andar del tiempo las consecuencias-más fructíferas en este terreno, ya que de allí nacería el concepto de - que el patrimonio es la prenda común de los acreedores y de que aquella tendría un contenido económico y no personal y vindicativo. En lo - que a nosotros nos interesa es indudable que el solo hecho de que por razones técnicas se considerara el haber del individuo como un todo, produjo un efecto trascendente que preparó el camino a la concepción del patrimonio como universalidad de derecho.

La Bonorum Venditie llevaba insita en si la idea del patrimonio o conjunto de bienes de una persona como algo diferente a la suma aritmética de sus elementos y así y en el campo del derecho de gentes y por una razón diversa se perfilaba una nueva concepción patrimonial, del mismo modo que la usucapio lucrativa por herede representaba en el derecho civil cierta idea unitaria de los bienes pues se permitía adquirirlos a cualquiera por la usucapión del año aunque se tratara de inmuebles.

249o.) La acción Pauliana.- La circunstancia de que el deudor en el interin que iba desde el decreto del magistrado que daba la missie in possessionem a los acreedores y la toma efectiva del haber por estos pudiera desplazar bienes llevó al magistrado a crear un remedio, el interdicto fraudatorio para que los perjudicados pudieran dirigirse contra el deudor y consiguieran hacer volver la cosa o cosas que había sustraido. Se confirmaba así el carácter particular que adquiría el patrimonio al cuál debían volver todos los elementos que existieran al tiempo en que el pretor daba la orden de poner en posesión a los acreedores

Más como el deudor podía perjudicarlos entregando las cosas o bienes a terceros, fueran estos de buena o mala fé, hubo que crear en los casos que fuera procedente una acción, ya que el interdicto mencionado era personal y sólo dirigirse contra el mismo deudor. Surgió así la acción Pauliana que permitió a los acreedores dirigirse contra terceros para hacer volver, dados ciertos supuestos, las cosas desplazadas al patrimonio reconstituyéndolo. Sin una concepción de los bienes como algo diferente a cada uno de ellos y a la suma aritmética de los mismos, no se hubiera podido llegar a consecuencias semejantes pues la circunstancia de que una persona tenga deudas no implica de por sí que se vea privada de la libre administración y enajenación de las mismas.

250o.) La petición de herencia.- La acción reinvindicatoria tutela la propiedad y por la misma el propietario puede perseguir la restitución de la posesión perdida con respecto a una cosa determinada o hasta con respecto a una universalidad de hecho. La cosa puede ser simple o compuesta: esta última puede estar constituída por elementos unidos entre sí como un edificio, o bien por elementos no unidos material-

mente pero sí por la finalidad que tienden a cumplir:rebaño;biblioteca, buque, etc.

El conjunto de bienes de una persona no entra en ninguna de esas categorías pues de por sí cumplen fines diferentes aunque en definitiva sirvan todos para alcanzar los propósitos que giran en torno a la persona.Si la disputa versa sobre la titularidad de dicho conjunto no es posible a los efectos de recuperarlo como tal ejercitar la acción reinvindicatoria, y mientras no se creara una acción especial no habría otro remedio que recurrir a la reinvindicación de cada cosa en particular con la consiguiente molestia.Para resolver la dificultad y por razones prácticas los juristas romanos crearon la petitio hereditatis que permitía resolver la controversia de una vez, en un solo pleito.Pero con ello sin quererlo daban un paso más hacia adelante en el sentido de concebir al patrimonio como universalidad jurídica, reputándolo como un nomeu iuris.

251o.) El peculio prefecticio.- La misma solución se aplicó al peculio-prefectio, pequeño patrimonio constituído en forma real mediante la segregación de una parte del haber del paterfamilias y la entrega al hijo de familia o al esclavo para que lo administrara en forma independiente.Si bien jurídicamente era una parte del patrimonio del paterfamilias, económicamente gozó de independencia y este produjo consecuencias jurídicas pues a través de la acción de peculio se le configuró como algo propio.Y bien, dicho peculio fué también un nomen iuris cuya titularidad no fué posible reclamar por medio de la acción reinvindicatoria.

252o.) El interdicto quorum bonorum.- No sólo se admitió que pudiera reclamarse un patrimonio como tal mediante acciones in rem especiales, sino que se llegó a acordar por el magistrado hasta un interdicto relativo al conjunto de bienes para facilitar la situación de quién prima facie tuviera derecho a la titularidad del mismo.

253o.) La subregación real.- Sin la idea del patrimonio como universidad jurídica no se concibe la subregación real, o sea la posibilidad de extender el derecho que se pretende sobre las cosas que hayan entrado en substitución de otras al haber y sobre las cuales se considera -

trasladada la pretensión del que afirma su mejor derecho sobre el conjunto. Si el poseedor de la cosa ajena la vende no tiene que restituir al propietario que la reivindica el precio pues en tal caso el precio no se subrega al bien enajenado, en cambio si el poseedor del patrimonio hace igual cosa estará obligado a restituir el precio recibido porque en este caso existe subregación real. Sobre la base de este principio es que se construyó luego uno de los caracteres fundamentales del patrimonio: su fungibilidad.

254o.) La sucesión universal.- Logrado el concepto de que el patrimonio o conjunto de bienes de una persona es algo distinto a las cosas en sí que lo componen, se plantea el problema de cómo lograr que el sucesor pueda ejercitar los créditos o acciones y responda por las obligaciones. Para lograr este resultado no hubo otro camino que recurrir a la ficción pues resultaba imposible en el sistema formulario que se concedieran al sucesor las acciones que existían a favor o en contra del titular del patrimonio ya que no había intervenido en dichas relaciones jurídicas. Fué entonces que el pretor Rutilio hacia el año 168 a.de J.C. creó la fórmula Rutiliana a favor del "benerum empter", es decir del que adquiría por la Bonorum venditio el patrimonio en blook del deudor insolvente o que no pagaba la deuda. Dicha ficción consistía en imaginar que el referido tercero fuera considerado como si fuera el mismo titular de las relaciones pertinentes. De ahí a la teoría de la continuación de la personalidad del causante sólo había un paso que se vería facilitado por la repetición cotidiana de la fórmula ficticia. Cuando desapareció el procedimiento formulario se siguió con igual criterio.

Ello era tanto más importante cuanto que en principio nadie podía ejercitar por sí mismo una acción ajena o rigirirse la acción que tenía contra uno sobre el patrimonio de un tercero. La cesión de una acción sólo podía obtenerse confiriendo al cesionario un mandato in rem suam, y si una persona actuaba en interés ajeno y se obligaba, como no había representación el acreedor no podía dirigirse contra el verdadero dueño del negocio a menos que el obligado le hiciera procurator para que actuara contra aquél por la acción de mandato contraria. Si bien posterior-

mente el magistrado concedió en tales casos acciones útiles, no se llegó a construir una verdadera teoría de la representación.

Tratándose de patrimonios el problema era más arduo porque no existía la posibilidad de que el titular confiriera al sucesor la antedicha procuratio in rem suam fuera de la restitución de la herencia en virtud de fideicomise universal o de venta de la misma; de ahí que hubiera que recurrir a la ficción y se creara como dijimos para el caso de la "benerum venditie" la fórmula Rutiliana.

255o.) Evolución de la idea del patrimonio hacia un concepto económico.- Al comienzo el conjunto de bienes o se confundía con la misma familia o revestía caracteres personales que excluían toda posibilidad de un avaluo pecuniario del mismo. La acción u obligación consistía en el ejercicio de la venganza; el dominio era una manifestación del poderío o señorío viril del titular. La referida concepción estaba a tono con una organización familiar y política cerrada, de tipo feudal. Pero la evolución que experimentó la misma como consecuencia del desarrollo de la industria y del comercio hizo que tales antiguas ideas se vieran desplazadas por otras en las que empezó a preponderar el intercambio y como consecuencia el dinero comenzó a desempeñar una función cada vez más preponderante. Por un lado en virtud de la influencia del derecho de gentes la obligación fue, cada vez más, adquiriendo un contenido positivo y económico, y lo mismo le ocurrió al dominio cuando dejó de ser la base indivisible del poder familiar, y se convirtió en un instrumento de la nueva economía liberal, ocupando un puesto coordinado con los otros factores de la producción que se proponían el intercambio y la satisfacción del comercio interno y de ultramar.

Con la aparición de la moneda y posteriormente con el desarrollo del crédito se consolidaron las nuevas ideas y poco a poco fué tomando incremento la nueva idea de que las cosas sirven por sobre todo; al fenómeno de la producción y del intercambio. Surgió así un criterio económico del haber familiar y del individuo que alteró profundamente la antigua condición que había tenido el patrimonio. En los textos de los juristas clásicos hallamos la nueva concepción con prescindencia de las primitivas ideas al respecto.

Comenzaron entonces a llamarse los elementos del patrimonio-bienes (bena)porque producen bien, D.50, 16, 49, terminando esta misma expresión por designar muchas veces al mismo conjunto de bienes.

256o.) Nomenclatura.- Los juristas romanos de la época clásica utilizaron distintas expresiones para denominar el conjunto de bienes considerado como una universalidad llamándolo a veces "bona", - "familia", "pecunia", "res universa", D.36, 1, 14, 78, "facultates", "quidquid habee", (lo que tengo), "mi censo", "mi fortuna", "mi substancia" "mi peculie", D.36, 1, 16, pr.

Dentro de esa indiscriminada nomenclatura se perfilaron concep tos más netos;así se llamó patrimonio al activo solo, sin considerar las-deudas o elementos negativos del mismo:D.10, 2, 38;D.12, 6, 61.L a expresión "bena", que a veces equivale a patrimonio, otras sirve para denominar el activo neto, o sea con la deducción de las deudas:D.49, 14, 11, (interpelado); D, 4, 5, 7, 72, D.4, 5, 2 pr.

257o.) Criterios jurídico y económico del patrimonio.- Desde el punto de vista jurídico el patrimonio fué una universalidad con pres - cindencia de que existieran o no concretamente bienes, o que de existir superaran estos al pasivo.Se consideró así al haber como un "homen iuris".Conferia en tales casos una titularidad que producía importantes consecuencias jurídicas, como el aporte del patrimonio del sucesor para sufragar las deudas del causante en los casos de la sucesión univer - sal.En este sentido se expresa D.37, 1, 3, pr.cuando dice que se entiende por "bena", la sucesión de la universalidad de alguno por la que se sucede en el derecho del difunto...Y sea o no solvente, et c.en tal caso-se llama con propiedad "bona" a dicho conjunto.

Desde el punto de vista económico en cambio difiere el con - cepto de : los "bona", están dado por el activo neto:D.50, 16, 39, 71:es lo que queda deducidas las deudas (aes aeienum);D.49, 14, 11;D.23, 3, - 72;D.33, 2, 32, 78;D.33, 2, 43;D.30, (1), 26.

Jurídicamente solo puede fener una persona un patrimonio y na da más que un patrimonio;económicamente en cambio pueden existir - pluralidad de patrimonio ya que es posible que una misma persona ten-

gan diferentes conjuntos de bienes afectados al cumplimiento de distintos fines. Jurídicamente siendo uno solo el patrimonio las deudas pasan sobre él en su conjunto, sin afectar a partes especiales del mismo. En cambio económicamente, las deudas pasan sobre cada unidad económica ya que esta no se comprende sin la deducción del pasivo.

Desde el punto de vista jurídico el patrimonio es un conjunto de relaciones jurídicas vinculadas al sujeto del derecho mientras que económicamente es un conjunto de valores materiales aptos para el intercambio económico. La concepción económica influyó sin duda sobre la jurídica exigiendo que las referidas relaciones fueran susceptibles de apreciación pecuniaria.

258o.) Caracteres del patrimonio.- Constituye una universalidad jurídica cuyo régimen se distingue por las siguientes notas: 1o) se halla amparada por acciones y remedios propios distintos a los que sirven para tutelar los derechos y hechos que la componen: petitie hereditatis, interdicto quorum bonerum, etc, 2o) confiere al adquirente del mismo un título de sucesor universal que supone la substitución en todas las relaciones de carácter económico del patrimonio, salvo algunas excepciones como el usufructo, sean activas o pasivas, 3o) dicha sucesión implica además la confusión del patrimonio al que se sucede con el propio del sucesor pues jurídicamente no se concibe sino la existencia de un solo patrimonio en la misma persona. El principio sufre excepciones: bonerum separatie, jus abstinendi, beneficio de inventario, que confirman la regla, 4o) Como el patrimonio es una universalidad no se tiene en cuanta lo que realmente le integra en un momento dado'. Precisamente como el patrimonio desde el punto de vista económico tiene por finalidad el intercambio y el desenvolvimiento progresivo para cumplir los fines a que está destinado, carece de forma definida, es un Preteo, que aumenta, disminuye, se mantiene estable; de ahí que el patrimonio sea fungible: los elementos que le integran en virtud de la función económica que desempeñan salen del mismo, ingresan otros, 5o) El carácter fungible del patrimonio explica la existencia de la subrogación real; no consistiendo en un conjunto numerico y determinado de

bienes, y siendo por esencia un fenómeno del intercambio, el patrimonio se caracteriza por un continuo devenir en el que salen unas cosas o derechos e ingresan otras en su reemplazo.6o) El patrimonio es sobre todo una posibilidad, de ahí que la circunstancia de que en un momento determinado el pasivo supere al activo no obsta en principio para que el titular pueda realizar enajenaciones cuando las mismas no se propongan defraudar a los acreedores, pues puede ocurrir muy bien que todo ello no sea sino la consecuencia de una acertada administración que permitirá superar en el futuro la actual situación del deudor:I, 1, 6, 73.

259o.) Elementos del patrimonio.- El patrimonio está integrado por cosas y la contrapartida de estas, las acciones in personam e in rem, por situaciones de hecho como la posesión o la tenencia, siempre que todas sean susceptibles de apreciación pecuniaria. Escapan así al concepto del patrimonio los derechos inherentes a la personalidad como los de la familia en cuanto no versen sobre los bienes.

El patrimonio es así la expresión objetiva y económica de la personalidad del sujeto del derecho. Constituye en esa forma una parte crematística de su capacidad de derecho.

La actividad del individuo en función de la producción y del intercambio económico se desenvuelve sobre los elementos externos materiales e inmateriales que son aptos para alcanzar tales fines; dichos elementos reciben el nombre de "res"; hasta el hombre mismo considerado como medio e instrumento y no como fin en sí entra dentro de dicha denominación. Lo que caracteriza a las "res" es que son medios y medios económicos para que los individuos puedan satisfacer sus necesidades propias o ajenas.

Sin duda al comienzo sólo las cosas corporales eran las únicas que se concebían como capaces de desempeñar tal rol; en una sociedad incipiente y primitiva, no podía ocurrir de otro modo; el limitado círculo de la economía caracterizada fundamentalmente por ser familiar, suponía pocas necesidades. Pero la evolución de la comunidad, la prosperidad y el acrecentamiento de los capitales, la cultura, el lujo, etc. die-

ron nacimiento a nuevas e innúmeras necesidades muchas de las cuales ya no eran solamente materiales, sino que propendían a la satisfacción de anhelos espirituales.

El mismo progreso de la técnica jurídica determinó que ciertas situaciones que no podían considerarse cosas en sentido propio, como los derechos sobre cosas ajenas, las acciones, la universalidad de bienes pasaran a integrar el patrimonio como cosas incorporales.

Desde que el dinero sirvió como denominador común al que podían reducirse en definitiva todas las cosas y derechos, y desde que estos últimos se caracterizaron precisamente por ser también elementos activos de la vida económica del individuo y de la comunidad, se enriqueció el concepto del patrimonio con la incorporación de los "nomina"(créditos).

De ese modo si en los primitivos tiempos no se concebiría otros elementos que las cosas corporales:el dominio y la posesión, mientras las acciones personales o reales por su carácter esencialmente vindicativo no podían figurar dentro de tal concepción, y las servidumbres no eran sino defectos o virtudes de fundos y excluídas por ende de figurar como elementos independientes dentro del patrimonio, la economía monetaria y la del crédito alteró substancialmente tales ideas, incorporando como elementos patrimoniales los créditos y las acciones reales y personales, y también las servidumbres y los derechos de garantía, sin perjuicio de los derechos que el pretor o el gobernador de provincia introducían en sus edictos.Se amplió así el contenido del patrimonio enriqueciéndose; no obstante lo cuál la imprenta de las viejas ideas subsistió en el carácter que tuvo siempre el dominio entre los romanos- que no le concibieron como un derecho sino como confundido con la cosa corporal sobre la que recaía, y la persistente consideración de que las servidumbres eran defectos o aptitudes de la cosa, al punto de incluirlas en la teoría de los vicios redhibitorios y no en la de las evicciones. La misma influencia se notó en la dificultad que tuvieron los juristas romanos en admitir la cesión de las acciones y en los medios indirectos que tuvieron que emplear para que ello se pudiera en definitiva lograr-

Dijimos ya que al comienzo y durante siglos las cosas corporales solamente constituyeron los elementos del patrimonio conocidos, o sea que figuraban el dominio y la posesión, los que desde luego no se concebían como derechos sino que se confundían con la cosa sobre la que recaían. Fué pues en lo concerniente a la propiedad y a la posesión que primero se dejó de lado el concepto tradicional de que constituían expresiones del señorío y del vigor del titular, para introducirlos al torrente de la vida económica. La obligación y la acción por el contrario tardaron más en ser asimiladas al proceso crematístico.

La absorción de la propiedad por la economía se vió favorecida naturalmente por el derecho de gentes y la correlativa labor de los magistrados. Las normas que se incorporaron por esta vía a los edictos se basaban en el tráfico internacional del Mediterráneo y se fundaban en la equidad y la buena fé. De modo que la propiedad reconocida por ese derecho se hallaba saturada de economía, era una función de la actividad económica, un factor de la producción y se hallaba estrechamente vinculada con el intercambio de las mercancías.

A la obligación le ocurrió lo mismo cuando el magistrado tuvo necesariamente que reconocer ciertos vínculos, los más numerosos y dinámicos, no admitidos por el derecho civil, pero que se imponían para facilitar el intercambio de las mercaderías. Tales vínculos tenían un innegable contenido económico y si bien no eran obligaciones, tutelados debidamente por ingeniosas acciones, obtuvieron la primacía imponiendo a la vetusta obligación del derecho civil un contenido positivo y económico, a cambio del negativo y personal que la misma tenía conforme al derecho civil. Perdió así la obligación su sentido de venganza y pasó a ser un factor de valor positivo o negativo, según se contemplara desde el punto de vista del acreedor o del deudor. La misma influencia sufrieron las acciones del derecho civil. Y entonces fué posible considerarlas como elementos del patrimonio, en función del criterio económico que le regula y sistematiza. Fué así que se elaboró el principio de que tanto da tener la cosa en sí como la acción mediante la cuál se puede conseguir aquélla.

De ese modo las obligaciones en sentido amplio, esto es comprendiendo los vínculos admitidos por el derecho de gentes, desde el punto de vista del sujeto pasivo, o las acciones in personam desde el del sujeto activo, así como las acciones in rem mediante las cuales se perseguía la restitución de las cosas o el reconocimiento de un derecho real, fueron elementos del patrimonio.

Los juristas romanos no tuvieron una idea definida del derecho-subjetivo, pues si bien utilizan muchas veces la palabra ius para referirse al interés del sujeto jurídicamente tutelado, no conocían la clasificación de tales derechos en personales y reales, sino que la misma la referían a las acciones. Y tanto durante el antiguo procedimiento de las acciones de la ley como durante el procedimiento formulario tuvieron una clara idea de la diferencia que mediaba entre ellas, pues en un caso cuando la acción es inpersonam la pretensión jurídica del actor se resolvía en un deber dar o hacer que se centralizaba por lo común en una persona determinada, mientras que tratándose de la acción in rem la pretensión consistía siempre en afirmar la existencia de un derecho-real.

La concepción dinámica que del derecho tuvieron los romanos les hizo relegar por lo menos hasta la época postclásica a un segundo e incierto plano el fenómeno jurídico concebido según el criterio de los-derechos subjetivos y no según el de las acciones. No obstante lo cuáles indudable que hallamos también entre los jurisprudentes romanos distingos que permiten diferenciar ambas situaciones.

El derecho de crédito puede definirse como la prevalencia de un interés propio sobre un interés ajeno, cuando dichos intereses revisten valor pecuniario; del mismo modo que la obligación, una especie del deber jurídico, consiste en la subordinación del interés económico propio al interés económico ajeno. Hallamos en consecuencia los siguientes elementos: 1o) dos sujetos; 2o) un objeto económico; 3o) una contraposición de intereses de dichos sujetos con respecto a ese objeto; 4o) Una precisa determinación de tales intereses que excluye la posibilidad de que el conflicto económico surja con respecto al interés que tiene la-

comunidad de que se respeten las situaciones jurídicas y económicas garantizadas por la misma.

La determinación de los sujetos no significa que se excluya una determinación relativa, lo que quiere decir es que el derecho de crédito y su correlato la obligación suponen dos intereses bien diferenciados - que se pueden atribuir a dos suje tos, aunque uno de ellos no se halle - determinado por el momento. Por encima de esos dos intereses se halla - sin duda el interés colectivo de que se mantengan todas las situaciones jurídicas, las estables que corresponden a los derechos reales, como las transitorias que responden a las obligaciones, existiendo el deber de los componentes de la comunidad de respetarlas.

Como las obligaciones pertenecen a la dinámica jurídica, como constituyen los elementos circulatorios y activos que permiten la evolución y desenvolvimiento de las estructuras del derecho, se explica que - las acciones que de ellas nacen para su tutela tengan una eficacia relativa, que sólo puedan dirigirse, salvo excepciones que confirman el principio, contra el otro sujeto, aquél cuyo interés al objeto económico se - halla en situación de subordinación con respecto al titular del interés - prevalente.

Pero las obligaciones como los derechos de créditos deben normalmente desembocar en una situación estable, deben para usar un símil crear o modificar una estructura jurídica, de dónde ellas son las vías necesarias para que se pase a la segunda categoría de los elementos del - patrimonio, a saber los derechos reales. /

Aquí nos encontramos ya con una estructura del derecho: el conflicto económico entre los sujetos A y B con respecto al objeto .O se ha resuelto, por ejemplo, a favor de A y se transforma el vínculo en una situación jurídicamente protegida de A con respecto al objeto .O que debe ser respetada por todos los miembros de la comunidad. Si alguien osara violar la prohibición surgirá un conflicto jurídico que tendrá que resolverse a favor del titular de la relación establece Geza este ya de una posición definida con respecto al bien y por ende no hallamos un conflicto económico de intereses entre dicho sujeto y cualquier otro; no hay dos intereses contrapuestos en conflicto, de manera que existe la posi -

ción de A con respecto a O, sin que exista un B en contraposición con A con respecto a dicho objeto. Podemos gráficamente representar ambas situaciones en la siguiente forma: Crédito u obligación:

O (objeto)

A B

La prevalencia del interés de A sobre el de B determina la existencia de un crédito para A y de una obligación para B.

O

A

A tiene el derecho exclusivo sobre el objeto O que obtuvo mediante alguno de los mecanismos dinámicos del derecho: es el derecho real. Ello no quiere decir que existe aquí una relación directa entre el sujeto de derecho y la cosa sobre la cual recae, sino lisa y llanamente que la contraposición de intereses económicos de A y B ha desaparecido y se ha resuelto por vía jurídica a favor de A, creándose una situación jurídica permanente, donde ya no hay un obligado, donde no existe ya la subordinación precisa de un interés propio a un interés ajeno.

El derecho personal puede desembocar en el derecho real; este entonces es el resultado de aquel; son fenómenos distintos: uno pertenece a la dinámica, el otro a la estática, aunque como en la vida real no es posible establecer una diferenciación neta que solo se opera cuando se detiene el mecanismo, en la realidad las situaciones estables se hallan asimismo en continua modificación, de modo que la diferencia entre ambas manifestaciones jurídicas no se perfila siempre con la adecuada nitidez.

De ahí los caracteres que distinguen al derecho real: 1o.) es absoluto: la situación que comporta debe mantenerse contra todos; existe desde luego algo parecido en el derecho personal, pero la diferencia estriba en que si bien con respecto a este se prohibe a todos los demás que interfieran en el mismo, la violación de la prohibición se resolverá en la obligación de indemnizar si, pero no afectará a la obligación en sí, a la que el referido derecho se refiere, a menos que dicha violación ata

que y destruya o altere alguno de los tres elementos que lo componen. A tiene un crédito contra B; la acción de cualquier tercero en perjuicio de la prevalencia del interés de A sobre B no afectará a dicho vínculo, ni a la contraposición de intereses que existen entre esos dos sujetos - con respecto al objeto. Podrá ocurrir es cierto que si el tercero destruye el objeto se extinga la obligación de B hacia A por la imposibilidad de su cumplimiento, pero es fácil ver que entonces ello no ocurre ya directamente por la obra del intruso, sino en virtud de algo que afecta o altera a la misma relación existente entre A y B.

Otra cosa ocurre cuando se trata del derecho real; la interferencia de cualquier tercero entre A y el objeto ataca directamente a - la esencia del derecho de A, de ahí que se conciba que en tal caso la acción se dirija erga omnes porque cualquiera en tal situación puede - en forma directa afectar el interés jurídicamente protegido del titular.

2o.) El derecho real, a diferencia de la obligación, además de una fuente de donde surja requiere un modo para que se pueda constituir; precisamente dicha fuente puede ser la misma obligación pero no por ella nace el derecho real que exige además un modo de constitución mancipatio, tradición.

3o.) Los derechos reales solo pueden ser establecidos por el Estado y en consecuencia no depende de la voluntad de las partes crear una situación tutelada por una acción in rem. Si bien esta característica no es tan precisa en el derecho Romano ya que el cuadro obligacional es también cerrado pues no depende de las partes la creación de nuevas fuentes de obligación, también es cierto que en tales casos podía, no obstante ello, lograrse la tutela del magistrado mediante una - acción útil o in factum, cosa que no ocurría tratándose de las acciones in rem.

Si bien desde el punto de vista jurídico se consideran las acciones reales o personales, o sus equivalentes los derechos reales o personales, desde el punto de vista económico en cambio se consideran las cosas. De ahí que estas integran el patrimonio y se impone el estudio - de las mismas teniendo en cuenta aquella clasificación que hacía Gaio: todo el derecho que usamos o se refiere a las personas, o a las cosas o a las acciones.

Las cosas son entonces la expresión económica de los derechos que constituyen su manifestación jurídica. Y para completar los elementos que integran el patrimonio debemos añadir todavía la posesión. Nos ocuparemos en consecuencia de las cosas y de la posesión.

260o.) Las cosas. Clasificaciones.- Dice Justiniano en sus Instituciones, 2, 1, que las cosas son o patrimoniales o extrapatrimoniales. Considerando que solo concibieron como patrimoniales las que se hallaban en el poder efectivo del ser humano, se comprende que en la medida que las mismas escaparan a la esfera de acción del individuo, - fuera porque estuvieran abandonadas o porque se destinaran al cumplimiento de fines trascendentales, se las ubicara en una situación especial que engendraba profundos problemas para el derecho ya que escapando a la órbita del derecho surgía, en ciertos casos, la cuestión de como era posible en ciertos casos eximirlas del ataque de las personas. La cuestión no era susceptible de fácil interpretación pues escapando a la acción individual las cosas se hallaban al margen de la protección - que el derecho civil acordaba. No se planteaba cuestión alguna tratándose de las cosas que por carecer de fin en sí podían adscribirse a la - categoría de res nullius susceptibles de apropiación por cualquiera. En tales casos la solución de continuidad que la desaparición del titular - suponía se colmaba mediante la posibilidad inmediata de que cualquiera pudiera apoderarse de ellas. Pero el problema surgía cuando se trataba de objetos que en virtud de una finalidad trascendente que la comunidad reconocía, se habían insusceptibles de tan fácil resolución. De - ahí que hubiera que recurrir para la solución de tales casos al derecho administrativo procurando por medio de vías indirectas hallar una situación que conciliara la dificultad que se planteaba con respecto a las cosas abandonadas, con el creciente espíritu de justicia que exigía que no escapara situación alguna a la solución que la equidad imponía.

Para la protección de esos bienes que estaban fuera del patrimonio, que por razones especiales no eran susceptibles de apropiación privada fue necesario recurrir a medios indirectos: la tutela penal, la sanción religiosa, la interposición del imperium" del magistrado. Se creó - así una categoría de cosas que sin ser poseídas por los particulares, tam

poco se hallaban expuestas a que pudieran ser tomadas por el primer oportunista. La cuestión sería al principio, que excluídas del patrimonio no podían tutelarse con los recursos del derecho. El que daña un templo consagrado a la divinidad, o el que se apodera de alguna cosa afectada al culto de los muertos, el que edifica apoyándose en los muros de la ciudad, no cometería al comienzo infracción alguna susceptible de ser reparada por los medios que el derecho suministraba. No podía ejercitarse la acción de la ley Aquilia, ni la de hurto, ni cualquier otra. Para llenar la laguna que se presentaba era necesario encontrar la manera de proteger dichos bienes al margen de la tutela jurídica que el Derecho ofrecía. La solución no era tan difícil, pues para comenzar, el fuerte sentimiento religioso de la comunidad favorecía una solución apoyada en la religión. Se encomendaría así al Colegio de los Pontífices la tarea de encontra el modo de resolver el conflicto. Y la halló creando una nueva categoría de cosas, dentro de las extrapatrimoniales, distinguiendo las susceptibles de ser ocupadas por cualquiera de las que se hallaban excluídas para las cuales se encontró una sanción religiosa. Verdad es que quedaron al margen las murallas y puertas de la ciudad, no obstante lo cual pronto encontró el Pretor urbano la forma de tutelarlas. Imitando el recurso hallado por los sacerdotes también encontraron la forma de evitar que impunemente se pudiera alterar o violar las puertas y murallas de la ciudad.

Surgió así la categoría de las cosas reguladas por el derecho divino, categoría que halló recepción en el edicto promulgado por el Colegio de Pontífices y se substrajo de ese modo a la avidez de los individuos un grupo de bienes que incluidos dentro de esa clasificación, dejaron de ser susceptibles de apropiación.

Tales eran: 1o.) las cosas sagradas (res sacrae), 2o.) las cosas santas ( res sanctae ), 3o.) y las cosas religiosas ( res religiosae ). Cuando se viola una cosa sagrada el infractor puede ser muerto impunemente de ahí que se exigiera que se cumplieran determinados y rigurosos requisitos para que pudiera justificarse la muerte de un hombres sin que ello acarreara sanción alguna. La declaración de "sacer" comportaba una

consagración a los dioses infernales y por ende se concibe que se extremaran los requisitos que autorizaran la aplicación de una sanción tan grave. Por ello para que la cosa fuera sagrada se exigía: 1o.) que existiera una ley, senadoconsulto o constitución imperial que así lo dispusiera; 2o.) que fuera consagrada a los Dioses superiores mediante el empleo de la fórmula pertinente con intervención del colegio religioso del caso.

Las cosas santas eran los muros y las puertas de la ciudad y se llamaban así porque estaba protegidas contra las violaciones por medio de una sanción penal establecida por el magistrado. La palabra santo proviene de "sagmen" que era una varilla que servía a los embajadores como símbolo de inviolabilidad.

Las res religiosae eran las dedicadas a los dioses manes no se requería la intervención del Estado para que una cosa pudiera hacerse religiosa; bastaba con que el propietario de un terreno o un tercero con su consentimiento enterraran un cadáver, para convertir la porción del suelo en una cosa religiosa. Era indispensable la inhumación, la tumba o la bóveda vacía no adquieren tal carácter. Las consecuencias de esa afectación radicaban en que sobre la referida porción del suelo se extinguía el dominio, perdiendo en consecuencia el que había sido el propietario la posibilidad de defenderla contra los ataques de terceros. La bóveda edificada sobre terreno religioso así como las cosas muebles introducidas en la misma con la finalidad del culto de los muertos, experimentaban igual suerte.

Supongamos que alguien dañaba con dolo o culpa el sepulcro o substraía las urnas o vasos funerarios; no podían perseguírselo ni con la acción de la ley Aquilia fundada en el tercer capítulo, en el primer caso, ni con la acción de hurto en el segundo, pues por tratarse de cosas extrapatrimoniales se hallaban desprovistas de la tutela del Derecho Civil.

Para colmar la laguna que se presentaba, el magistrado buscó la forma de proteger esos bienes y lo hizo mediante una acción de sepulcro violado y para el caso de que se impidiera al titular el acceso a la tumba le acordó un interdicto.

Cuando sobre el terreno pesa un derecho real a favor de tercero, el propietario no puede convertir una porción del mismo en religioso sin su consentimiento, pues como se extinguiría el dominio sobre la misma se afectaría en igual forma el derecho real ajeno sobre la cosa propia.

No interesa que el cadáver pertenezca a un ciudadano, o a un extranjero o a un esclavo, en todos los casos si se cumplen además los otros requisitos, el lugar se hace religioso. Si se entierran en distintos sitios fragmentos de un mismo cuerpo humano, se hace religioso el lugar donde se sepulta la cabeza.

Las cosas del derecho divino se hallan fuera del comercio y no son susceptibles de enajenación o contratación. Para volverlas al patrimonio era necesario que se desafectaran: las sagradas mediante un acto contrario a la consagración, esto es la "desecretio": mientras esto no ocurriera el terreno seguía siendo sagrado aunque desapareciera el templo en él edificado. Las santas se desafectaban extendiendo el "poemerium", o sea los límites de la ciudad y las religiosas mediante la exhumación.

Justiniano permitió que pudieran venderse o pignorarse las cosas sagradas, como los vasos y demás utensilios del culto de la Iglesias cristianas, para rescatar cautivos o ayudar a los pobres.

261o.) Las cosas del derecho humano.- Entre las cosas reguladas por el derecho humano hallamos las extrapatrimoniales y las patrimoniales. Pertenecen a las primeras : 1o.) las cosas comunes; 2o.) las cosas públicas; 3o.) las cosas de una universitas o corporación. Y a las patrimoniales pertenecen las cosas propias de los individuos o particulares.

Eran comunes aquellas cuya propiedad y disfrute correspondían a todos los hombres libres, fueran ciudadanos o extranjeros como el uso del agua del río navegable, el mar, las riberas del mar, la isla nacida en el mar. De estas las primeras no eran susceptibles de apropiación en ningún caso, aunque sobre la ribera del mar podía mediante la construcción de una casilla adquirirse el derecho exclusivo de la

porción de playa hasta que la construcción desapareciera, en cuyo caso la parte del suelo volvía a su condición anterior, pues no podía adquirirse por prescripción., la isla en cambio nacida en el mar era susceptible de apropiación mediante la ocupación.

Se entendía por ribera del mar o playa el lugar alcanzado por las mas altas mareas en circunstancias normales, esto es excluyendo los casos de temporales u otros factores inusitados durante la época invernal.

Las cosas comunes se tutelaban mediante interdictos útiles y se acordaban a todos los hombres libres, fueran ciudadanos o peregrinos.

Públicas eran las cosas del pueblo romano: 1o.) las afectadas directamente a la administración y gestión de los intereses del populus armas, edificios, buques de guerra, cuyo uso correspondía a los magistrados o funcionarios con el destino común que les estaba prefijado. 2o.) las que eran disfrutadas por los ciudadanos romanos: plazas, teatros etc. 3o.) los ríos navegables y sus cauces; las vías consulares y pretorianas, etc. 4o.) el ager publicus que si bien era propiedad del pueblo romano, su posesión se dejaba a los ciudadanos romanos a los que se adjudicaba.

Las cosas públicas se protegían mediante interdictos y recursos del derecho administrativo fundados en el "imperium" de los distintos magistrados que tenían a su cargo el cuidado y conservación de las mismas.

Las riberas del río navegable eran de propiedad de los ribereños pero sobre las mismas existía una restricción establecida en beneficio de la navegación, la llamada servidumbre de sirga, de modo que los dueños no podían realizar construcciones u obras que trabaran o impidieran el ejercicio de la navegación. La sirga se utilizaba para evitar que el buque encallara en virtud de los bajes o cuando el agua tenía poca profundidad, ayudando a la nave mediante bueyes que desde tierra servían para arrastrar la embarcación.

La isla que surgía en el río pertenecía a los ribereños siempre y cuando se tratara de agri arcifini, o sea limitados por la naturaleza; en el caso de que se tratara de fundos medidos por agrimensores (agri limi-

tati) correspondía al primer ocupante. La isla en el primer caso, o sea cuando se atribuía a los propietarios de la ribera, se dividía como el cauce abandonado del río. Es decir que si la isla se hallaba ubicada en el eje del río, se dividía por una línea longitudinal, correspondiendo las partes que quedaran a uno y otro lado de la línea a los propietarios de ambas orillas; en cambio si la isla se hallaba de una ñu otra parte del eje del río, se distribuía entre los propietarios ribereños de esa orilla conforme a la longitud de los fundos, trazando líneas perpendiculares desde sus límites a la isla.

Si el río abandona definitivamente el lecho se reparte a) entre los ribereños conforme a la regla antedicha, es decir: se divide entre los ribereños de ambas márgenes conforme al eje del mismo, si se trata de tierras arcifinales; si fueran agri limitati se adquieren por el primer ocupante, b) el nuevo terreno invadido por el río de modo permanente se hace público, y de volver a dejar el lecho, se divide entre los ribereños; c) cuando el río, en forma circunstancial, inunda el campo ajeno, desaparecida la inundación vuelve el terreno ocupado por el agua a su anterior propietario.

Tratándose de cosas correspondientes a un municipio que no perteneciera al pueblo romano, o de bienes de una corporación en principio se consideraban cosas de nadie. Pero como no era posible admitir que fueran susceptibles de ocupación por cualquiera, desde que estaban destinadas a cumplir un fin activo, a ser objeto de administración a los efectos de lograr los objetivos correspondientes a la comunidad lugareña para lo cual servían, se terminó por considerar que eracomo si las mismas pertenecieran, aunque en forma ficticia a una persona. Los c municipios no eran el Pueblo Romano y en consecuencia no podía recurrirse a las vías del imperium para resolver los conflictos que nacían de la misma administración, de modo que si se quería lograr que efectivamente aquella produjera resultados positivos no había mas remedio que o buscar nuevas formas que permitieran la adecuada tutela para los intereses en conflicto, o bien reducir los mismos a las vías conocidas por el derecho civil. Se optó por esto último recurso, fingiéndose la existencia de una persona, de un ser humano, que en tales casos

no existía .De ese modo se incorporó una buena parte de los bienes extrapatrimoniales a las categorías del derecho civil, sin que la ficción - que permitía tal asimilación tuviera otras consecuencias que las de un recurso técnico al que recurrieron los juristas para solventar un importante problema de la vida práctica.

Fué así que cosas que en principio habían sido consideradas extrapatrimoniales, se incorporaron por vías indirectas a la categoría de- las patrimoniales.

De ese modo las cosas de los municipios y de las corporaciones volvieron a la tutela del derecho privado, aunque sólo como consecuencia de los artificios que el ingenio de los prudentes debió elaborar a - los efectos de encontrar en tal materia también una respuesta adecuada al criterio de equidad que la comunidad y la misma naturaleza de las- cosas exigían.

Sabemos que todo ello constituyó una base para la ulterior teoría que concibió a dichos conjuntos patrimoniales como verdaderas personas, originando de ese modo la doctrina de la personalidad jurídica.

262o.) Las cosas de los particulares.- Nos queda por último ocuparnos de las cosas que se hallan incorporadas al patrimonio de la persona física. La evolución que la materia sufrió nos indica, de manera precisa, cómo se fué de lo puramente material a lo más espiritual en virtud de la evolución que el progreso y la civilización impusieron, desde que si al comienzo sólo las cosas susceptibles de apreciación por los sentidos se consideraron como únicos elementos de la activ i dad de hecho - del hombre, la creciente evolución cultural terminó por ampliar el concepto admitiendo que junto a dichas cosas se agruparan también las que no obstante no ser percibidas o tocadas, tenían valor conforme a la a - preciación intelectual que de las mismas se hacía. De ahí la clasificación de cosas en corporales e incorporales. Ya en tiempos de Seneca se hallaba consagrada la misma por efectos de la filosofía que entendía - que debía ampliarse el horizonte del individuo remontando el vuelo y - alejándose un poco de las cosas de la tierra. Fecunda fué la idea pues- permitió el desarrollo jurídico hacia extremos insospechados permitiendo

concebir los derechos como tales, con prescindencia del apego a las cosas materiales, y facilitando de ese modo la concepción no ya a la misma universalidad de hecho, sino a la universalidad jurídica que tan trascendentes consecuencias iba a tener a través de la teoría del patrimonio y por ende de la sucesión universal, hasta terminar en la casi mística idea de la continuación de la personalidad.

Proficua fué la concepción desde que permitió que se entreviera no sólo la posibilidad de las restricciones de la propiedad a través de las servidumbres, sino también de la adecuada concepción de un orden cultural trascendente que exhorbitaba la mera realización del poder físico del individuo sobre las cosas. La cesión de los créditos o acciones, la categoría de las cosas incorporales, la existencia del patrimonio como una unidad ideal, todos esos conceptos derivaron de ese adelanto, resultando de la filosofía y del sentir económico liberal que dió al hombre seguridad en sí mismo por sobre las viejas concepciones que lo aferraban a grupos, haciendo desaparecer en los mismos su personalidad.

La noción de la incorporalidad de las cosas causa una revolución. Determina la posibilidad de que no se llegue a concebir el patrimonio como una universalidad jurídica a través de la usucapio lucrativa preherede, hace que se alteren hábitos consuetudinarios modificandose la concepción del usufructo, admite la existencia del cuasi usufructo por medio de Senado consulto. Aunque nos parezca hoy elemental como el agua tal criterio que no sólo hace reposar sobre la captación de los sentidos físicos la valoración de los servicios que nos pueden prestar las cosas, para la época resultaba en realidad extraordinario que se hubiera superado una concepción primitiva reemplazándola por una más adecuada al progreso de la activa comunidad.

Pero subsistía empero un viejo criterio que pesaba como el plomo de la tradición en la conciencia de una sociedad que se encontraba renovada todos los días por los hallazgos que el derecho pretoriano lograba a través de la sutil captación de la sensibilidad popular que alcanzaban los jurisprudentes. Y era la que clasifica las cosas en res man

cipi y nec mancipi.Las primeras pertenecían a un tiempo en que la familiar economía no tenía otro objetivo que el limitado horizonte de las propias satisfacciones.Una economía más evolucionada, orientada hacia el dinero y luego el crédito, debía producir un resultado más halagueño orientando a los individuos hacia más supremos fines.Y la lógica evolución de tal idea llevó a la comunidad a una evidente superación de los primeros criterios, haciendo que las cosas mancipi del primitivo derecho quiritario quedaran en la sombra y dando un relevante significado a las cosas nuevas(nec mancipi).La falta de agilidad de los modos de transmisión de las primeras influyó de modo que se optara, poco a poco, por los que facilitaban el intercambio comercial de las nec mancipii.En esto - como en todas las cosas hay una inexorable ley, la del progreso humano que si bien contempla con desconfianza las innovaciones, termina por - admitirlas en la medida que las mismas sirven en forma adecuada para- la mejor satisfacción de las necesidades del individuo.

Pero no se detenía allí la clasificación de las cosas propias de- los individuos, pues las mismas necesidades de la vida imponían nuevos- criterios de sistematización que servían para satisfacer anhelos que respondían a los más caros sentimientos de la comunidad.Sobre la base de tales distinciones es que se elaboraron figuras contractuales y con ello siguió el derecho la vía ascendente que desde el comienzo de los siglos por lógico desenvolvimiento le impusiera el Creador.En la misma naturaleza de las cosas se halla ínsita la categoría que las distingue en consumibles y no consumibles.Las hay es cierto que desaparecen con el primer uso, y las hay que subsisten a pesar de la utilización que de las mismas se hace.Y si en el primer caso tales cosas sirven para caracterizar- un importante grupo de relaciones jurídicas, no ocurre menos con respecto a las otras.De ese modo podemos distinguir el mutuo o préstamo de - consume o el cuasi-usufructo del comodato o del verdadero usufructo.La naturaleza misma de las cosas determina la naturaleza del contrato o - del derecho real.Si se trata de una especie, de una cosa corporal, nos hallamos con el comodato, el usufructo, la posesión, nos encontramos con - un género y tendremos por consiguiente el mutuo, el cuasi usufructo- La inteligencia y agudeza de los prudentes tuvo que esforzarse para extraer

de tales casos criterios que se aproximaran, en lo posible, a la realidad que se les presentaba.

La categoría de cosa fungible depende más de las volunta des - los sujetos que a ella se refieren que de la cosa en sí. Los romanos se referían más a las cosas que podían hacer unas las veces de las otras que a la expresión que nosotros utilizamos. Las cosas fungibles tenían empero gran trascendencia, no sólo en lo que hacía a los contratos sino a las - consecuencias que producían con respecto a la dote estimada.

La primordial significación que tuvo al comienzo la distinción- entre res mancipi y nec mancipie dejó un poco relegada a segundo plano la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, a los que los romanos concibieron como una clase de cosas corporales.

263o.) La posesión.- No es posible comprender la teoría de la posesión en el Derecho Romano sino se distinguen las distintas etapas por las que el mismo atravesó, de modo que una concepción única y total - de este fenómeno, sólo conducirá a error. Hemos de comenzar para dar - nos una cabal idea de la institución con la época en que la posesión era la única manifestación que el individuo tenía sobre las cosas corporales sometidas a su poder. En tales tiempos la sola exteriorización del - poderío físico sobre el bien era la única justificación que existía con- respecto a la utilización económica del mismo. No obstante la evolución y la fuerte influencia del factor religioso que introdujo ciertas formas, influyó sobre la primera concepción, determinando que sólo en los su - puestos que se dieran determinadas formas la antigua organización reconociera la existencia de esa potestad que se conoce como propiedad. La subordinación de la realidad a la forma constituye un fenómeno difícil de explicar pero tan real que resulta imposible desconocerlo. A la primaria concepción de que el poder físico sobre la cosa corporal era la ú - nica manifestación que merecía la tutela de la fuerza, se substituyó, aunque de manera paulatina, la idea de que podía, a través del cumplimiento de ciertas formalidades, llegarse a resultados similares. La substitución del poder físico por el desarrollo de ciertas solemnidades comprueba una vez más la naturaleza ingenua del hombre primitivo que suplanta la

simple exteriorización de la fuerza por la creencia en poderes místicos que no es capaz de controlar. Pero si la idea religiosa convirtió el puro vínculo corporal en una relación espiritual, no tardó en predominar sobre el sentimiento la razón, originando de ese modo una tendencia a la sistematización desconocida en las anteriores épocas. Y surgió de tal manera el criterio de que por encima de la posesión podía existir un poder o potestad acordado y tutelado por el derecho, con lo que la vieja relación de hecho se convirtió en un señorío iuris que terminó por llamarse dominio. Y en este estado se halló una evidente discrepancia entre dicho poder jurídico y la primitiva potestad sobre la cosa, originándose así la distinción entre dominio y posesión que tantos problemas estaría llamada a crear.

No obstante lo antedicho en Derecho Romano hay todavía otro problema que se precisa superar para tener una clara idea de la institución que nos ocupa. Desde los más remotos tiempos el dominio fué una concepción anterior al Estado; provenía de la época en que la organización social y política reposaba en el vigor propio de instituciones independientes que no se hallaban entre sí sino en situación de coordinación y no de subordinación. Si a ello se agrega que tal concepto se hallaba impregnado de profundas y sinceras convicciones religiosas se comprenderá cómo en tales casos no fuera posible llegar a la idea de que la propiedad es algo que proviene de afuera de la misma fuerza natural y de la comunidad social. Pero desde que fué posible en virtud del inexorable derecho de la guerra que el mismo pueblo romano fuera propietario de inmuebles y muebles capturados al enemigo, surgió la posibilidad de que se distinguiera entre la propiedad de los particulares y la posesión en sí. Y así como esta en los comienzos de la primigencia organización fuera lo único que se conocía, con el formalismo religioso y la ulterior conquista por la fuerza del pueblo, se separaron dos conceptos que al comienzo constituyeron una unidad.

* Posesión y propiedad, hé ahí los ejes sobre los cuáles giran los más intrincados problemas. En un determinado momento de la historia de la comunidad romana, la propiedad es un fenómeno regulado por factores de poder y religiones, y la posesión aparece como una situación de-

hecho económicamente igual al dominio, pero desprovista de esos requisitos que justificaban su condición de propiedad. Y es que en el interín ha surgido algo nebuloso, que se comprende poco, a medias, resultado incierto de las conquistas, que extiende el poder de la colectividad sobre tierras y objetos de pueblos vencidos; no es ya el simple producto que se obtiene por el individuo, sino el resultado del esfuerzo colectivo. Una organización que se extiende por obra del progreso que el comercio interno e internacional representa, no puede aceptar de manera indefinida que la sola potestad física sobre las cosas constituya el fundamento sobre el cuál gire toda su estructura. De ahí que la posesión fuera en un determinado momento de esta evolución una idea anacrónica, un mentís a los postulados del progreso, un resabio feudal. No obstante lo cuál los romanos conservaron dicha concepción, no sólo para sufragar las dificultades que la misma sugería, sino para hacer frente a problemas nuevos creados por la doctrina extraña entonces, de que el pueblo pudiera ser titular de derechos sobre los fundos.

Esta última doctrina generó un abismo, un vació entre la primitiva idea de la posesión y la propiedad que no era sino la posesión revestida de atributos religiosos, quedando así una laguna con respecto a las cosas que eran de pertenencia del pueblo. Para colmarla hubo que recurrir a una nueva concepción que idearon los pretores estableciendo de ese modo un nuevo distingo entre propiedad y posesión. De esa manera, si bien la posesión escapaba a la regulación del antiguo derecho civil, debía estar sometida a una regulación de manera necesaria. Y si dicha regulación no la suministraba el derecho por sus vías tan apegadas a la religión, debía darla el imperium del magistrado. Y tal es lo que ocurrió, de modo que la teoría de la posesión en sus primitivos tiempos no fué sino un artificio técnico del que se sirviera el magistrado para solucionar situaciones que por insuficiencia de formalidades, no estaban incluídas dentro del régimen del derecho civil.

La posesión fué luego un fenómeno económico que puede ser jurídico. Si coincide el elemento social con este último requisito la posesión es un poder de derecho, pero con prescindencia del mismo puede resultar un factor que aparte de las consecuencias sociales y económi-

cas que produzca, puede originar resultados de derecho. De lo que se sigue que en los antiguos tiempos fué la posesión un esquema que originó efectos de por sí, con prescindencia de la regulación estatutoria establecida por la comunidad. Podemos designar a esta primera etapa como la de la posesión en función de la hermenéutica jurídica, es decir como instrumento del magistrado para suplir lagunas del derecho civil.

La situación fué superada en virtud de las facultades que el magistrado obtuvo con motivo de la reforma del procedimiento, pues desde que se halló en condiciones de colmar las lagunas del derecho, a través del procedimiento formulario mediante acciones honorarias, el antiguo sistema de recurrir al concepto de la posesión aparecería como absoluto no obstante lo cuál y por razones de apego a los viejos criterios se mantuvo. Y en este radica la paradoja y enigma de la institución, que se mantuviera no obstante haber sido superada como criterio de equidad y desolución de conflictos que si bien no habían estado regulados por el antiguo derecho, lo estaban ahora por el derecho honorario.

Pero por si ello no fuera bastante, con la jurisprudencia clásica, se dió un paso hacia el retroceso, pues trató de incluir un criterio anticuado y económico en la teoría del derecho, tentativa de la que derivan todas las dificultades sobre el tema. En tal etapa sólo salvaba a la posesión de la barroca interpretación la circunstancia de que los interdictos seguían siendo algo diferentes en su substancia, a la acción. Pero la tercera etapa del procedimiento en la época postaclásica, al borrar tal distingo, constituyó sin querelo a aumentar la confusión.

¿Qué se entiende por posesión? :el poder de hecho sobre la cosa corporal, poder de hecho que comporta administración económica entendida por la comunidad a la que pertenece el individuo que la ejerce, siempre y cuando lo haga a nombre propio, sin reconocer en otro el señorío de hecho que dicha vinculación representa. Y he aquí que la posesión, superadas las etapas en que constituyó un recurso técnico necesario para preparar el estricto límite del derecho civil. Se convirtió en una manifestación de la flexible actividad social como contrapartida a la idea del dominio rígido que señoreaba los ámbitos del Derecho. La circunstan

cia de que los romanos no se desprendieran de esa concepción influyó de manera decisiva en la ulterior evolución, pues el desenvolvimiento económico halló compatible que frente a una concepción religiosa y casi mística de la propiedad existiera una idea más flexible, fundada en el intercambio que permitió el desarrollo de nuevas instituciones fundadas en el dominio útil como la enfiteusis y la superficie. Si aparentemente la posesión resultaba un resabio bárbaro, de la época en que el hombre, de manera grosera, sólo admitía el poder material sobre los bienes como única realidad, con el tiempo sirvió la vieja idea para originar nuevas formas que sirvieron altamente a la evolución económica de la colectividad.

Por si eso fuera poco, la circunstancia de que el dominio fuera concebido entre los romanos como anterior al Estado, y la sucesiva conquista de tierras, obtenidas del enemigo mediante el poder militar, dió causa a que la vieja idea de la posesión sirviera para explicar ciertas relaciones nuevas que no podían hallar su fundamento en el derecho civil. Sin contar que no hubiera sido posible sin el concepto de la posesión una regulación más o menos adecuada del ager publicus, hubiera resultado imposible concebir que género de vinculación podía establecerse con la tierra provincial de parte de los titulares de la misma que habían sido privados de ellas por derecho de conquista y a las que el Estado Romano se las dejaba previo pago de un tributo.

De ahí que en la posesión se mantuviera no sólo por razones de tradición, sino en virtud de que satisfacía nuevas necesidades originadas por el derecho político y el derecho privado.

El impedimento que existe de conferir el dominio en tierras del pueblo romano, no obstante que se reconoce la imprescindible urgencia de que sea en definitiva el individuo el encargado de administrarlas y obtener los frutos, lleva a la diferenciación entre dominio: poder de conquista y sujeción útil y económica de la cosa, y al mantenimiento en definitiva de propiedad y posesión.

No obstante los caracteres económicos que esta reviste, la institución social se orientó por obra de los prudentes hacia un remedio un poco caricaturesco aunque real al fin de la propiedad, de ahí que los

juristas de la época clásica trataran a todo evento de convertirla en una institución jurídica, cuando con la reforma del prodecimiento magistrado había adquirido maneras propias de tutelar nuevas situaciones que se hallaban fuera del derecho civil, mediante los procedimientos de las fórmulas.

Que subsista la posesión después de tantos siglos y a pesar del desarrollo inusitado que la estructura jurídica organizada por el Estado, constituye un mentis a la afirmación de que la comunidad jurídica puede prescindir de la más flexible organización social y económica.

No es posible elaborar teoría alguna de la posesión sobre la base de un único criterio; en esta materia la evolución histórica que hemos reseñado desempeña un factor fundamental. Según la época, el concepto.

Si bien la posesión es un señorio de hecho sobre la cosa corporal que se ejerce a nombre propio, con exclusión de cualquier otro, no por ello ha de creerse que desempeñara en todas las etapas del derecho romano la misma e idéntica función. Elegida al comienzo como elemento para la integración de un orden jurídico, restringido e imperfecto, se convirtió luego en factor de regulación propia exigido por la economía y terminó por ser un medio más rápido y adecuado para la solución de conflictos económicos y jurídicos.

La misma palabra tiene diferentes acepciones. Por un lado designa a veces un verdadero derecho equivalente al de la propiedad, como cuando se trata de derecho existente sobre los fundos provinciales; otras veces, en cambio, se refiere a la situación que acuerda la tutela interdictal; otras veces designaba situaciones que ni siquiera producían este último efecto como en el caso del lecatario, del comodatario.

264o.) Terminología.- Llama la atención la misma palabra "posesión" por el sentido etimológico que le atribuye Paulo: D.41,2,1 pr. siguiendo a Labeon deriva de "sedes", lugar. La expresión que utiliza el fragmento es el ablativo "sedibus"; pero se discute la lectura pues se propone leer en su lugar "pedibus": ver al respecto la nota de Savig

ny, Traite de la possession en Dreit Romain, Bruxelles 1893, p.77. Ello significa que cualquiera sea la acepción que se le de la palabra posesión- describe un hecho, luego nos indica que no fué una institución propia - del Derecho Civil. Las instituciones del derecho civil en sentido estricto siempre tienen un nombre jurídico, mientras que las que provienen del - derecho de gentes ú honorario en cambio se indicaban por una perífra - sis: a esta última categoría pertenecen el matrimonio, el patrimonio, y - también la posesión.

Asimismo este término parece que fué de reciente data; la voz- que se usó primero para indicar un poder sobre una cosa o una persona- fué "usus": Ver Biondo Biondi: Instituzioni Di Diritto Romano, Milane - 1946, p.235. Festo la define así: ver Fontes Iuris Romani Antiqui edidit - Carelus G. Bruns, Tubingae 1909, (en latín, Scripteres, ps.24 y 25): " La - posesión, es como la define Elio Galo, algún uso del campo o del edificio, no el mismo fundo o campo".

Si ello es así la expresión "posesión civil" sería un contrasentido en los tiempos primitivos. Si se acuñó la expresión para indicar ciertos fenómenos que fueron tutelados por el magistrado, sólo con la recepción del derecho de gentes por el derecho civil cabe la posibilidad de que se unieran dos expresiones de por sí antagónicas. De ahí que en las- primeras etapas del derecho romano no es posible imaginar siquiera que se hablara de la posesión civil; antes de que el magistrado pudiera de - senvolver a través de la jurisdicción la importante labor que le tocó rea lizar, resultaría inadmisible que se empleara la frase antedicha: pose - sión civil.

Tampoco es admisible que en esa primera etapa pudiera conce - birse una idea general del fenómeno que luego se denominó posesión. Ni aún en el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano: y este lo reconoce el mismo Savigny, ep.cit.p.19, figuraba un título especial para ella: se trata en - cambio de los interdictos.

Para nosotros durante su primera faz la posesión tiene este signi ficado: el orden jurídico del derecho civil, el único existente, era una - regulación estrecha, restringida: escapaban al mismo los actos no previs-

tos por el formalismo quiritario y todos los realizados por quiénes no eran ciudadanos. Había asimismo cosas: el ager publicus, sobre las cuales los particulares no podían tener el dominio, y dicha relación no se hallaba amparada por ningún remedio establecido por el derecho civil.

En tales circunstancias era evidente que se presentaba una enorme laguna que era imposible colmar aún mediante los más sutiles argumentos de los prudentes. Supongamos que alguién fuera desposeído por la fuerza de la porción de tierra pública que ocupaba: no podría retener la cosa mediante el ejercicio de la acción reinvindicatoria a través de la actio legis sacramentum ya que esta presuponía la condición de propietario quiritario. Del mismo modo si un ciudadano transfería a otro una res mancipi mediante la simple tradición, el accipiens no adquiría la propiedad del derecho civil, de manera que si fuera despojado de la cosa no podría ejercitar la reivindicatio.

Si bien la recepción del derecho de gentes fué algo relativamente reciente pues se hizo posible primero con la creación del preter peregrino poco después de la primera guerra púnica, y luego con la modificación del procedimiento, no es de creer que antes de tales acontecimientos el derecho de gentes no ejerciera influencia dentro de la comunidad romana. Ya Gaio en D.41, 1, 1, nos indica que el derecho de gentes es el más viejo de todos y nació con el género humano.

Ese Derecho de Gentes no fué un derecho ideal pues había sido elaborado por los pueblos de la cultura del Mediterráneo muchos más antiguos que el pueblo romano, muchísimos siglos antes de que este comenzara a existir, y era llevado por los mercaderes junto con los productos del intercambio y con las demás manifestaciones del comerio y la civilización. Roma precisamente debió el comienzo de su grandeza a la feliz circunstancia de su posición junto al río y su cercanía al mar y a la proximidad de ciudades mucho más civilizadas en virtud del comercio internacional como la antigua Argylete, de dónde obtuvo el alfabeto y la escritura. La posibilidad que le ofrecía todo ello determinaría en época temprana que la comunidad gentilicia se abriera hacia las expresiones del intercambio con el extranjero produciendo una fundamental-

modificación en su primitiva economía. No es de extrañar, por consiguiente, que ello a su vez determinara una relativa influencia sobre el derecho feudal y cerrado de la primitiva organización quiritaria. Y si bien dicha influencia no tuvo el suficiente poder para penetrar sin más y de inmediato en las rígidas concepciones del ordenamiento jurídico, debió proyectarse con prácticos resultados en la esfera del "imperium" de los reyes y de los magistrados de la República.

El hecho que de antigua data afluyeran a la ciudad los extranjeros llamados, por la incipiente, pero segura vocación marítima de la flamante comunidad, que los acogería con ciertas reticencias sí, pero que en definitiva las superaría en virtud de las nuevas ideas que inconcientemente germinaban en el pueblo, de por sí debió constituir un poderoso factor coadyuvante para que se cambiara el modo de ver estrecho y restringido que hasta entonces prevaleciera. Todo esto debió producir las más sorprendentes consecuencias en lo concerniente a la eliminación profunda y tajante que existía entre patricios y plebeyos, explicándose así de manera clara que no sucumbiera la organización a raíz de una división que en los comienzos amenazaba con ser definitiva y mortal, desde que se fundaba en criterios religiosos irreductibles al parecer. Pero no sólo produjo el resultado en cierto modo maravilloso de superar esas dificultades sino que abrió nuevos caminos a la evolución jurídica que aparecía estancada, rígida, muerta por obra de los prejuicios religiosos y de una organización económica restringida.

No es de extrañar entonces que si las autoridades se hallaban perplejas frente a ciertas situaciones que interesaban, en ciertos casos, a los mismos ciudadanos, como la derivada de la privación por vías violentas de la porción del ager publicus ocupada por uno de sus componentes, se complicara todavía el problema con motivo de la aparición de los extranjeros que crearían innúmeras cuestiones, para cuya solución resultaba impotente el ya entonces viejo derecho civil.

Se plantearía entonces el caso de qué ocurriría si se lo hurtaba una cosa mueble a un peregrino; no era posible tutelarlo con la actio furti, ni tampoco era admisible que se le reconociera sobre la misma la propiedad quiritaria, única que reconocía el derecho. La situación de

los extranjeros con respecto a sus cosas, fueran las de su mobiliario, fueran luego los mismos inmuebles: las casas, por ejemplo, en que habitaban crearía difíciles cuestiones cuando se presentaba el caso de que se hubieran violado. Al principio la relación de hospitalidad quizá pudo ser solución para tan intrincadas cuestiones, pero con el creciente progreso, con el constante fluir de extranjeros, resultaría desbordada tal posibilidad de solución, haciéndose menester nuevas vías por dónde encauzar la posibilidad de una coexistencia. La misma comunidad se vería abocada por un lado al caro sentimiento de conservar sus tradiciones más valiosas, y por otro al de seguir la instintiva senda que le trazaba el Destino, artífice de su futura grandeza. En tal difícil encrucijada no es posible suponer que la flexibilidad romana, que la tenía la comunidad, orígen y fundamento de su futura grandeza, no se aviniera a hallar el medio que le permitiera, sin perjuicio de manter sus tradiciones, la permanencia de los extranjeros en su seno. Y para ello no cabía otra solución que la que podía brindar el "imperium" de los reyes de la monarquía de origen etrusco y luego de los magistrados de la República.

Bien se comprende que en tal caso surgiera la teoría no ya de la posesión como se llamó luego, sino la de regular de algún modo conforme a la razón y no a la arbitrariedad tales relaciones que escapaban a la regulación del derecho civil. De esa manera con mucha anterioridad, de siglos, a la elaboración del derecho honorario, el derecho de gentes produjo sus efectos a través de un nuevo orden, no jurídico al principio, fundado es cierto en la autoridad del rey o del magistrado, pero que terminó por constituir un elemento de extraordinaria importancia para la evolución de la vida jurídica. Lo que impedía cualquier nueva realización era la circunstancia de que la base de la primitiva organización radicaba precisamente sobre el concepto y la práctica de la acción. Se tenía o no se tenía tal recurso, y de ello dependía esencialmente que un interés se hallara o no debidamente protegido. Y era imposible introducir dentro del sistema de las acciones de la ley, hipótesis no contempladas especialmente por la regulación quiritaria. Era imposible crear nuevas situaciones no involucradas por el sistema. Entonces no quedaba otro camino que el "imperium". Y aquí está el gérmen de lo

que luego, con el transcurso de los siglos se convirtió en la teoría de la posesión.

Si el rey, o el magistrado interpone su autoridad puede ocurrir - que la comunidad, de manera reticente y a regañadiente al comienzo, pero luego, con la práctica, como si fuera lo usual, aceptaran la conformación establecida por la orden del jefe supremo del pueblo. Ello no era - sino una de las tantas manifestaciones que experimentaba la cruda oposición entre organización gentilicia y organización territorial; la primera tenía como fundamento la circunstancia de que el individuo perteneciera a una de las antiguas agrupaciones, la segunda en cambio era amplia, consideraba al individuo o a su grupo familiar en sí, en función de la - nueva economía abierta que se proyectaba al exterior y consideraba a - la persona en relación con el intercambio.

Y nació así el interdicto como opuesto a la acción. Si el rey o el magistrado da una orden, en virtud del "imperium" que ha adquirido inusitada importancia y desarrollo, por los factores de la guerra y como consecuencia de ello, de la conservación de la misma colectividad, relegando así, en cierto modo, al olvido, la primera organización religiosa, dicha orden debe cumplirse, so pena de que la entidad como tal desaparezca - al fin, de modo que la orden fundada sólo en el "imperium" esto es en el respeto que la personalidad del jefe, por su valor y prudencia engendran termina por tener igual o similar eficacia a los ritos del procedimiento-ordinario que se fundan en los prejuicios y en la tradición. Singular triunfo de la idea laica sobre la religiosa, milagro que engendra el comercio ultramarino y la movilización de las riquezas, inspiradas en la idea de-lucro del ávido burgués, sobre la organización feudal y cerrada de la antigua comunidad.

Lo que importa entonces no es ya la estricta observancia de los ritos, de las fórmulas que han nacido al amparo de la supercherfa y el temor, elementos negativos que operan sobre el alma del hombre como factores obstativos y de regresión; lo que importa es la posibilidad de obtener nuevos bienes, de acrecentar la riqueza individual para procurarse goces diferentes y acrecentados, fundados sobre todo en la idea de que la capi

talización es siempre poder y poder que se acrecienta sin necesidad de mayores esfuerzos. Este cambio en las ideas económicas de la colectividad debió sin duda admitir que fuera posible la tutela de situaciones de valor pecuniario, que carecían de sentido religioso y tradicional, y que, por ende, fuera que correspondieran a los mismos ciudadanos, o bien sobre todo a extranjeros, se hallaban fuera de la tutela que el derecho civil acordaba.

Hallado el camino, las consecuencias no tardarían en producirse. Pero si bien al principio resultaría lógico que simplemente el rey o el magistrado luego, durante la República, con la interposición del "imperium", resolviera el conflicto sin más, poco a poco, a medida que la población aumentaba, al mismo tiempo que con el ágil ritmo que el intercambio imprimiría a la sociedad, se sentiría la necesidad de que esa normación de hecho tuviera alguna trascendencia jurídica. Sin quererlo se sentiría la necesidad de convalidad algo que para las ideas religiosas de la época resultaría contrario a lo normal y a lo moral. Las grandes revoluciones de las ideas se sufragan siempre sobre la base del criterio común, con lo que se las priva de sus altas concepciones para reducirlas en lo posible a los canónes vulgares. Situación esta que no sólo se presenta en la vida del derecho sino en cuanta manifestación del espíritu humano se produce, por lo que nada extraño tiene la tentativa de que las concepciones novedosas se incorporen a los viejos odres para remozarles sin que se pierda por ello la buena cualidad del añejo vino.

Y así surgió el interdicto, contrapuesto a la acción; si se hubiera llevado hasta sus extremos la idea revolucionaria que implicaba, hubiera explotado sin más el antiguo régimen, pero la prudencia, factor esencial de los hombres de la sociedad impidió ese resultado. Por las dudas se aceptan siempre las innovaciones a condición de que en lo posible se mantengan los moldes viejos, es una manifestación del espíritu humano, que prefiere la seguridad a cualquier revelación, por importante que sea, que le traiga la posibilidad de arriesgar la cómoda situación de que goza, la débil en el fondo sensación de relativa seguridad que comparte.

Este trasunto de la mediocridad humana condujo a aquéllos héroes de la epopeya antigua que Roma representó, a claudicar en moderada medida de sus aspiraciones a la grandeza de los dioses, y los llevó en lo posible a asimilar la función interdictal a la categoría de las acciones. La eterna transacción entre el deseo del vuelo al infinito y el más limitado de mantener a toda costa la seguridad.

Hubiera sido hermoso pero imposible que se desprendieran de prejuicios, que abandonaran concepciones caras pero retrogadas, y que reconocieran que el hombre por su misma significación en la historia del universo, es razón suficiente para que se abreguen instituciones absurdas y limitadas, y que se le conceda el rango que, según la Biblia, libre de los libros, le corresponde. Pero hubiera sido esperar del mismo hombre una solución propia de los dioses; al final el tiempo la realizaría, pero Crones es Dios y no mortal. Y si en sus manos se halla en definitiva la solución más comprensiva de los problemas humanos, no por ello ha de creerse que su divina inspiración pueda dignarse a buscar albergue en algún mortal, y lo que es más importante, que si aún le hallara fuera bastante para dotarlo del poder de convicción sobre el resto de sus conciudadanos.

El rey o el magistrado de la República, al comienzo resolverían los nuevos conflictos que la organización del comercio planteaba de por sí, consagrando con sus soluciones fundadas en el imperio situaciones que, si bien al principio, se verían como inferiores, a las del derecho civil, terminarían en virtud de la costumbre y de los prejuicios y hábitos que la misma engendra, por mirarse casi como de igual categoría que las primeras... Pero el creciente aumento de la población que no se atenía a los rígidos conceptos impuestos por el viejo derecho y la religión, la proliferación de las causas al margen del derecho civil, impondrían al rector de la comunidad una labor exhaustiva que terminó por resultarle imposible, y se impuso como consecuencia de ello la delegación.

De tal manera, si en los comienzos podía el magistrado resolver el conflicto que afectaba al no ciudadano o al mismo ciudadano que

había escogido una vía no jurídica, pero sí económica, para resolver la satisfacción de sus intereses, a poco que se anduvo se comprobó que la cultiplicidad de las causas, impuestas por el triunfo de las nuevas ideas, hacía imposible que el director del ordenamiento jurídico pudiera solucionarlas de por sí. Y en tal momento se abrió la posibilidad: a) de que se encauzaran los nuevos y revolucionarios conflictos por nuevas vías, o bien; b) que se los incluyera, en lo posible, dentro de los reducios y antiguos moldes del derecho civil.

Y se optó por este último. El magistrado cansado al fin y en la imposibilidad de decidir todas las controversias que se le presentaban sobre tales supuestos, optó por reducirlas al campo de las acciones. Comportaba ello una revolución que el hábito de cendeceder hizo pasar en forma insensible, sin que se conmoviera el alma popular, pero revolución al fin produjo los resultados que como tal implicaba.

Se presentó ahora una cuestión que consideramos difícil y consiste en saber el porqué sólo con referencia a determinadas relaciones se hizo ello posible, y no con respecto a otros. La obscuridad que sobre la materia existe impide dar una respuesta positiva al fenómeno. No obstante lo cuál podremos en cierta medida explicarle. La circunstancia de que las nuevas soluciones se encauzaran dentro de lo posible en una moderada imitación del orden antiguo, hizo que se contemplaran con mayor y visible preocupación las relaciones con los inmuebles y que en definitiva todos los desvelos por el problema se entraran substancialmente sobre los inmuebles. Enfocadas así las cosas, los campos: la tierra que se cultiva, y los edificios: la casa que se habita, tuvieron la primacía dejándose de lado cosas que por su carácter considerado entonces accesorio, no tenían la suficiente trascendencia para que ocuparan como objeto de preocupación el primer lugar.

Los inmuebles de ese modo obtubieron la prioridad, y entre ellos no sólo se contaban los que correspondían al ager publicus, sino también los que por una cualquiera causa fundada en el derecho de gentes, este es en la equidad, se hallaran en manos de los extranjeros y luego como rebote de ello, los que los mismos ciudadanos pudieran

adquirir por formas nuevas no previstas por el derecho civil.

La creciente importancia de la comunidad laica determinó que las ordenes de sus directores adquirieran sino la misma similar eficacia que las decisiones su obtenidas mediante procedimientos obscuros e mediante la religión por los pontífices o sacerdotes, y de ese modo se logró que se comenzara a respetar la misma resolución administrativa como algo basado en la utilidad común. La economía lograba así sobre los elementos ascéticos y estáticos de la vida del individuo, un indudable triunfo. Actúa en función de la voluntad de los dioses y te verás privado de tus mismos bienes, obra en consideración a tu propia persona y lograrás ventajas. Qué es lo fundamental y más importante? Los pueblos responden siempre a esta pregunta decidiéndose por la economía y no por lo moral.

Y fué así que el interdicto paralelo a la acción entró a desempeñar su papel no obstante que el primero representaba en principio - con respecto a la segunda un rol extraordinario e inusitado.

Y surgieron de ese modo los interdictos para proteger fundamentalmente las relaciones con los inmuebles que se hallaban desamparadas por el derecho civil. No podemos es verdad afirmar que no ocurriera igualmente con las cosas muebles pero la afirmación de Festo en el lugar ya citado y el hecho de que en épocas posteriores, sustancialmente. dichos remedios tutelaran los vínculos con las referidas cosas excluyen la posibilidad de construir aún por hipótesis, una sólida teoría sobre la materia.

La vía interdictal no constituía entonces un modo más rápido o sumario, sino que lejos de ello suministraba la materia prima, para así decirlo, que servía como elemento para que ella pudiera ser incorporada a la regulación jurídica de la comunidad quiritaria. En otras palabras, el interdicto era la base de la acción, por entonces la legis actio por sacramentum, que permitía que de esa forma una regulación, al margen de la solución jurídica, se incorporara a esta mediante esa vía directa que la orden del rey o magistrado constituía.

Aparece insólito que la referida tutela se concentrara en materia patrimonial de manera exclusiva en la relaciones de la persona con la cosa, excluyendo que la posibilidad se hiciera extensiva a las vinculación entre sujeto y sujeto. No es sin embargo tan difícil explicar este; es más fácil concebir que se pudiera tutelar la situación de la persona sobre la cosa, aún en los supuestos en que se hallaba al márgen del derecho civil, que la vinculación de persona a persona pues esta última se basaba, en definitiva, sobre la idea de venganza y sólo en la medida que se hubieran cumplido los ritos del derecho civil era posible concebir que la misma pudiera llevarse a cabo, considerando al individuo como objeto sobre el cuál pudiera recaer el ejercicio de la vindicta privada.

Siendo como era entonces el ejercicio de la venganza privada el contenido de toda obligación, se explica que por la vía interdictal no pudiera acomodarse la actividad del rey o magistrado a los efectos de lograr una acción que conducía precisamente a considerar la persona del obligado como un rehén. La función económica que se perfilaba dentro del derecho de gentes no podía todavía tener la trascendencia que una colectividad plenamente desarrolada reconocería posteriormente. Fué menester que el magistrado construyera la idea de que el patrimonio de por sí, con prescindencia del individuo constituye la esencia de la garantía que en definitiva la obligación comporta, para que se pudiera llegar al resultado de superar el primitivo concepto de que la "obligatio", por esencia, era una manifestación de la venganza y del concepto del rehén. De modo que ninguna extrañeza puede causar que para solventar tal problema no se recurriera en los primitivos tiempos a la tutela interdictal. No estaba madura la idea, ese era todo. Peroen cambio la relación del individuo con las cosas corporales, y en especial con los inmuebles, haría la imaginación. Allí no se trataba ya de que alquién debiera cumplir a favor de otro alguna prestación, simo simplemente de que se le reconociera la posibilidad económica de obrar con respecto al bien. Y sobre todo con respecto a las cosas que, por estar al márgen del derecho civil aunque económicamente tuvieran una notable trascendencia, merecerían una especial atención.

Y para tales casos la autoridad halló la manera de solucionar el conflicto, recuriendo a una novedosa aunque no inesperada solución por que el interdicto si bien de una parte podía jurídicamente lesionar los sentimientos de la comunidad que se hallaba impregnada de elementos ancestrales, por otra en cambio, y en virtud de la continua acción que los magistrados desarrollaban, se había habituado a las órdenes que estos impartían. La transición entre el viejo criterio religioso y el nuevo secular produciría conflictos psicológicos; se hallarían los que se opondrían al nuevo modo de ser de las cosas, y los que en cambio las aceptarían no sólo de buen grado, sino con alborozo.

Se llegaría así a una fórmula de transición que satisfaciera a todos. Si por un lado era necesario complacer a las tendencias modernistas que se perfilaban como inusitadas pero potentes, tampoco era el caso de dejar de lado las viejas y tradicionales formas, de modo que entren de composición se llegaría al tácito acuerdo de desechar salvo excepciones la protección de las cosas muebles, y por contra parte de acordar conforme a los antiguos canones la tutela sobre los inmuebles.

No se detuvo en tal época la tutela interdicta a las cosas que podían considerarse, en cierto modo, asimiladas al derecho privado, sino que fué más allá procurando a la categoría de ciertas cosas extrapatrimoniales igual protección, de modo que el derecho de los individuos a la utilización de las cosas públicas o comunes encontrara también tutela, no obstante que por los principios del derecho civil la misma se hallara excluída.

Y encontramos de ese modo la protección acordada por vía de los interdictos a los ciudadanos y en definitiva a todos los hombres libres del imperio sobre las cosas comunes y las cosas públicas. No pudiendo en cambio sino con respecto a ciertas situaciones, hallarse tutela semejante con relación a los individuos, salvo que se los considerara en el fondo como cosas, como los hijos, la mujer, y los esclavos.

Es cierto entonces que la obligación estuvo fuera de esta protección, pero ello más bien en virtud del particular significación que la obligatie tenía entre los romanos que en virtud de otras consideraciones-

que excluyeran las mismas de la referida protección.

Mientras el poder material sobre la cosa de por sí implica un concepto económico que nadie puede negar, la relación obligacional se halla desprevista de tal sentido positivo, y tiene una referencia negativa, por lo que si el obligado se halla en situación de sujeción con respecto al acreedor, ello quiere decir que en la medida que el deudor no cumpla la palabra empeñada sobre aquél podrá ejercitar un poder destructivo, de venganza. El dominio no tiene tal sentido destructor ya que de por sí implica la posibilidad de la subsistencia para la familia. Es más fácil que en la relación del individuo con las cosas e instrumentos económicos se vea la posibilidad de una realización de contenido pecuniario que en la relación de los sujetos entre sí. De ahí que si bien se admitiera la posibilidad de utilizar el interdicto aún tratándose de relaciones personales, como las que derivaban de la situación de los hijos alieni iuris o esclavos detentados, por terceros, o de la misma mujer casada que había o no ingresado en la familia del marido, resultará escollo difícil salvar el obstáculo que al comienzo aparecería como insuperable, del deudor que se había vinculado por modos extraños al derecho civil. En estos casos mientras el magistrado no construyera la magnífica teoría de la Bonerum Venditi no sería posible llegar a un resultado positivo, del cuál quedaban excluídos los interdictos.

En cambio la esfera de las cosas extrapatrimoniales, comunes, públicas y aún de las mismas cosas divinas, constituía un proficuo laboratorio para la nueva idea, permitiendo en tales supuestos al magistrado una realización que el derecho civil apenas toleraba. De ahí que la teoría interdictal en tales hipótesis constituyera lo que hoy parece ser la doctrina del amparo.

Todo nos indica que la teoría de los interdictos apuntó siempre a la necesidad de hallar soluciones para los casos que se hallaban al márgen de la protección de un orden jurídico restringido en cuanto a sus sujetos, cosas y acciones. Se confirma así nuestra anterior afirmación de que tal remedio sólo se debía a la necesidad de colmar lagunas del derecho civil, y con justo criterio hemos colocado tal institución en la parte de la hermética jurídica.

Solo queremos hacer hincapié en una circunstancia, las cosas muebles no tenían entonces la evidente trascendencia que luego la economía les asignó, pues de lo contrario no se justificaría el empeñoso deseo en época ulterior de excluirlas, salvo una excepción de la tutela interdictal.

Basandose la tutela interdictal en el impeium del magistrado resultaba que la misma era paralela a la protección que mediante las acciones de la ley acordaba el órden jurídico primitivo, de manera que podemos efectuar para una mejor comprensión del fenómeno el siguiente esquema:

| DERECHO CIVIL | | IMPERIUM |
|---|---|---|
| Dominio | Obligación | POSESION |
| | | COSAS EXTRAPATRIMONIALES. |
| ACCION | | INTERDICTO |

Para entrar dentro del primer ordenamiento se requería: 1o.)ser ciudadano romano o tener ius commercii; 2o.) que se tratara de una res mancipi; 3o.) que se hubiera adquirido por uno de los modos limitados previstos por el derecho civil. Esto si se trataba del dominio; cuando se trataba de la obligación era menester para que esta existiera: 1o.) que los sujetos fueran ciudadanos romanos; 2o.) que se utilizara la formalidad prevista por el derecho quiritario: nexum, sponsio; 3o.) o que proviniera de un delito al que la comunidad le reconocía la producción de tales efectos.

Pero quedaban excluídos de la esfera de acción del derecho, para los mismos ciudadanos, sus vínculos con las cosas extrapatrimoniales o igualmente las relaciones surgidas con las patrimoniales que no nacieran de causas y modos contemplados, por el derecho civil, así como las surgidas entre ciudadanos y extranjeros o la de estos entre sí.

Se presentarían las siguientes situaciones: a) un ciudadano o peregrino se ve impedido injustamente de utilizar una cosa común o pública: la ribera del mar, la vía pública, etc.; b) un ciudadano se ve impedido por violencia de tercero a acceder al sepulcro de su familia,

o es despojado de la porción del ager publicus que ocupa. c) Un ciudadano se ve privado de la cosa mancipi de la que no es propietario quiritario porque la adquirió por una vía del derecho de gentes: la tradición Sempronio vende a Ticio el fundo Corneliano y en lugar de realizar la mancipatio se lo entrega. O si bien el que lo adquiría era un extranjero d) Un ciudadano promete a otro sin las formalidades del derecho civil - cumplir una prestación, promesa que es vinculatoria conforme al derecho de gentes. e) Un ciudadano promete la prestación a un extranjero o este a aquel.

, Ya dijimos que el Derecho de gentes debió tener importancia - desde muy antigua data dentro de la misma comunidad romana; la circunstancia de que se considerara a la ocupatio bellica fuente por excelencia de adquisición del dominio quiritario, entre los modos de adquirir del jus gentium, es junto con otras manifestaciones una sólida prueba de lo que afirmamos. Es posible creer que hasta que no se creara la pretura peregrina o hasta que nose modificara el antiguo procedimiento quedarían esas situaciones desprovistas de tutela? La respuesta es naturalmente negativa. Y para subvenir a las mismas y satisfacer las nuevas necesidades no hubo entonces otro remedio que el "imperium" de los reyes y luego de los magistrados de la república.

-Una comunidad progresista, influenciada por las corrientes de - civilización asiásticas que traía hasta sus centros vitales el comercio - con pueblos mas cultos como los etruscos, los fenicios y los griegos, superaría pronto la cerrada organización feudal. Por lo pronto debió admitir desde muy remoto tiempo a los extranjeros y si bien no pudo ofrecerles un estatuto jurídico adecuado, menester es reconocer que debió tutelarse en alguna forma la casa, los bienes, la vida, el honor de los mismos. Si en la primera fase de la monarquía, cuando prevalecía en ella el carácter netamente feudal, se concibe dada la poca importancia que la población peregrina debería tener y el escaso desarrollo de la economía y de las manifestaciones del intercambio con los pueblos vecinos y de allende sus costas, que bastara el vínculo de hospitalidad protegido por los dioses, no resultaría suficiente cuando posteriormente, con el crecimiento de la colectividad, la multiplicación de sus recursos econó

micos y la fundación de la ciudad, aumentara considerablemente el número de extranjeros que hicieran de Roma el lugar permanente de su residencia. La economía siempre es un factor que altera la contextura de un pueblo mucho antes que se modifique correlativamente el derecho que marcha por lo general a la zaga del fenómeno económico, social, cultural, etc. Y no hay población que pueda prosperar si no obtiene, sea ciudadana o extranjera, un minimun de protección y de seguridad.

Además los extranjeros que se radicaban en suelo romano traían una mentalidad mas desarrollada, venían imbuídos de ideas superiores, mas dúctiles, y conocían un derecho milenario, resultado de la fusión de los ricos y matizados derechos de los pueblos de las mas viejas culturas del Mediterráneo. De modo que mientras en Roma se operaba la transmisión de las cosas y se protegían los derechos a través de pesadas y anacrónicas formalidades, preponderando lo externo, lo formal, sobre lo interno y económico, los peregrinos conocían las mas evolucionadas vías del intercambio de los bienes muebles e inmuebles. Mientras estos últimos en Roma se hallaban al márgen de la disponibilidad libre, afectados a las familias o aldeas, considerándose no como elementos de la producción, sino como factores del poderío político, los extranjeros sabían y a conciencia que los mismos tenían relevancia en función del mercado nacional e internacional. Mientras los peregrinos consideraban como elemento motor de una comunidad la economía, la acumulación de capitales, su rápida multiplicación por medio de la producción y el intercambio, colocando en primer plano los bienes mobiliarios e inmobiliarios en coordinada relación y en función de la economía dineraria y crediticia mundial, los romanos se hallaban apegados a viejos y superados esquemas estáticos de economía familiar y cerrada en los que preponderaba el concepto político y ético lo mismo que racial de la familia al punto de considerar la obligación como una manifestación de poderío físico y no como un instrumento de la producción.

Se concibe entonces que los extranjeros transformaran con sus nuevas ideas, las del progreso, en poco tiempo toda la organización ;

si bien los romanos se mantuvieron apegados a sus primitivas estructuras, inconcientemente tenían vocación de poderío universal, aceptaron los nuevos moldes y comprendieron que era necesario hallar una manera de solucionar el problema que creaba tan vasto número de situaciones y relaciones económicas, culturales, sociales al margen de la regulación jurídica. Temerosos de innovar procedieron con su característica cautela. Por de pronto recurrieron a lo que tenían mas a mano y cuya discreta utilización podía garantizarlos contra un vuelco total de sus primitivas instituciones que encontraría, y con razón, enconadísima resistencia no solo de parte de los patricios sino aún también de parte de los mismos plebeyos. Y el remedio inmediato estaba en la interposición del "imperium" admitiendo que el rey o el magistrado utilizaran el poder que tenían para proteger de adecuada manera, aunque fuera al márgen de las vías jurídicas, los importantes intereses que se habían ido creando dentro de la comunidad. Y fue así que nacieron los interdictos.

La teoría de los interdictos es pues mucho mas amplia que la de la posesión; esta última desaparece, no se conocía, ante la trascendente significación de la orden que la autoridad emitía para asentar así no solo la posibilidad de resolver conflictos o situaciones no amparadas por el derecho civil, sino para ir del mismo modo y paulatinamente construyendo el concepto de que el Estado debe estar por encima de las organizaciones religiosas, raciales, que caracterizan las primeras formas orgánicas de la historia primitiva.

De manera que en las nuevas vías elegidas no solo se jugaba el porvenir de Roma como entidad destinada a adquirir la preponderancia en la antigua vida económica del Mediterráneo sino también en lo que concernía a su estructura política.

Pero los romanos eran conservadores; tenían la intuición del futuro y los prejuicios del pasado; veían con agrado la evolución que adquirían las cosas, pero al mismo tiempo temían que con ello se provocara la ira de los viejos dioses. Eran en una palabra hipócritas, que rían quedar bien con Dios y con el Diablo, a condición de resultar en definitiva beneficiados. Y para conciliar tal revolución con el antiguo

orden de cosas, no vieron otro camino que el del "imperium". Se elaboró así una nueva teoría que al principio se consideraría con desprecio, sobre todo por los encargados del mantenimiento de las añejas tradiciones, los Pontífices, cuyos sentimientos compartirían los grupos mas selectos de la comunidad, no obstante que nada harían para impedir el desarrollo de las nuevas concepciones, confiados no tanto en sus propias fórmulas, sino en la posibilidad de que el azar, en definitiva, aún consagrando el triunfo de las recientes ideas, terminara por favorecerlos.

Pero la reforma debería admitirse con restricciones; dentro de la organización había estructuras susceptibles de adaptación; otras en cambio aparecerían como irreductibles. Y lo lógico es que el ataque se comenzara contra la relación del hombre con la cosa, sobre todo con la cosa inmueble. El inmueble es el fundamento de la vieja comunidad el heredium, con su casa y huerto constituye el solar donde se asienta el individuo, fuera de él es un paria, en su recinto se halla seguro y se considera un señor. Al lado del mismo las cosas muebles, los instrumentos del fundo, son accesorios. Garantizar al peregrino una situación similar a la del ciudadano debía ser entonces una preocupación inmediata y esencial. Mientras la referida relación se mantuvo en función de la comunidad feudal se contemplaría sobre la base del mantenimiento de la familia estatica, de la que derivaba el grupo en definitiva en su poder y estabilidad. Pero a poco que el intercambio se hizo sentir sus efectos favoreciendo la apetencia del lujo y de la riqueza, ensimismando a los hombres con la posibilidad de la ganancia, y haciéndoles comprender que por ese camino se podía llegar a los mas insospechados límites del poder y del lujo, se iría concibiendo poco a poco de manera diferente la vieja relación del hombre sobre las cosas que son sus medios para alcanzar los fines. Y con el bienestar que esos mismos extranjeros aportaban iría desapreciendo el prejuicio de excluirlos de la tutela, y en todo caso se empezaría precisamente por reconocerles a ellos una posición estable con respecto a la casa, al hogar que constituían. Se veía favorecido ello por la idea de que una buena parte de la tierra disponible no se hallaba adjudicada en propiedad a las familias romanas sino que sobre la misma tenía un simple poder económico, de detentación,

que les serviría al principio como complemento de su hierática organización religiosa consagrada al culto de los antepasados, pero que con las nuevas formas, con los nuevos vientos que soplaban, de comercio, producción y riqueza, acabarían por considerar como un elemento de producción.

Llegamos así a esta conclusión: la idea misma de la posesión, como la del patrimonio, constituye una indudable conquista de la economía capitalista, de la economía que se funda en el comercio, y que substituye en todas partes, y lo hizo en Roma, a la organización militar y religiosa.

Cuando los fines del hombre dejan de ubicarse en el otro mundo cuando no se ve solicitado y embargado por el culto que en todo momento, dentro de lo posible, debe prestar a los Dioses y a los antepasados, cuando descubre las maravillas de la tierra y se asombra de los goces que la vida puede brindarle, se aparta de la vocación humilde y de renunciamiento que sentía como algo inefable que embargaba todo su ser y se proyecta hacia las cosas del mundo. Cambia entonces la filosofía- que ya no es trascendente y acepta las cosas tal como los sentidos la presentan, desaparece el misticismo y surge la ciencia práctica, cuya finalidad no es ya descubrir la esencia de las cosas sino aprovecharse de las mismas en función siempre de la unidad suprema: el hombre.

Como es posible entonces adscribir la posesión al derecho civil? Puede imaginarse que algo tan material y pleno de contenidos crematísticos tuviera algo que ver con la férrea, austera religiosa y militar organización que el derecho quiritario trasuntaba?. la evolución- se hizo por etapas: 1o.) se recurrió para solventar nuevas situaciones al "imperium" y se creó el interdicto, y 2o.) cuando se evolucionó en grado mayor y se empezó a comprender que la sociedad se hallaba dominada por la idea de la producción de bienes y el acrecentamiento de las riquezas, se daría más importancia a cierto grupo de aquellas viejas situaciones tuteladas por la vía interdictal, y que hacían a la relación de los hombres con las cosas en función económica. Y como en tales momentos por encima de todas las antiguas concepciones prepondería el factor del comercio nacional e internacional, se procuraría por

sobre todo darle la debida importancia dentro de la organización extra ordinem organizada, y comenzaría entonces a hablarse de la posesión, pura relación de economía que la época antigua no había pedido siquiera llegar a intuir.

Si la propiedad fue un concepto militar, religioso y místico, la posesión fue un fenómeno económico, liberal y práctico. Y si el derecho quiritario era una acabada expresión de una organización feudal, el derecho de gentes fue la mas cabal expresión de una sociedad estructurada sobre los principios del libre cambio y de la espiritualización de las relaciones. Frente a la concepción cerrada y rígida, la organización flexible y sutil, amplia y tolerante; la primera tenía Dioses tétricos la segunda Dioses risueños; la primera elaboró una filosofía pesimista en este mundo, y optimista en el mas allá; la segunda en cambio enseñó que en esta vida terrena deben obtenerse los mayores beneficios, porque no hay una nueva posibilidad despues de la muerte.

La idea de la posesión exhorbita así de la primitiva tutela interdictal, es algo que se elabora en los comercios, en el foro, es la apreciación económica de los inmuebles. Y en especial estos, porque si bien resultará en cierta medida fácil concebir que los muebles pudieran dedicarse a tal finalidad, mas duro sería extender tal idea a lo que constituía la base de la organización gentilicia. Por otra parte si se me quita un mueble no se siente la misma sensación de inseguridad y desamparo que si se me priva del inmueble, lugar donde se halla el domicilio, el refugio, lo que constituye la seguridad del hombre, el sitio que le hace olvidar el primitivo temor del nómade que a cada momento se pregunta donde pasará cada noche.

Si los interdictos proveyeron una adecuada solución para el caso de las cosas extrapatrimoniales, y luego para los fundos o solares, no debió en cambio recurrirse a los mismos para los casos de despose sión de muebles. Bastó con que se fingiera por el rey o magistrado que el extranjero hurtado fuera ciudadano. En una comunidad relativamente pequeña, por lo demás, no debían ser los robos de tanta importan-

cia, sobre todo si se tiene en cuenta el relativo escaso valor que tales cosas entonces tendrían. En cambio la detentación del ager publicus era una cosa candente y de trascendente importancia. Baste con recordar las duras luchas que sobre el punto sostuvo la comunidad romana, baste con recordar como fue ese el problema que quedó insoluto durante la monarquía y la República, para comprender enseguida que allí se darían los casos mas evidentes y con mas frecuencia de desposesión y turbación, originados por los que privados de la tierra hallarían en la desesperación fuerzas bastantes para infringir el orden social.

El ordenamiento paralelo así creado, al que ya nos hemos referido, tendría necesariamente que terminar en un determinado momento. Por un lado la organización feudal y clánica, por el otro la organización que exigía la economía del dinero y del crédito. Cuál de ellas triunfaría? Solo retrocediendo, solo renunciando a su innata aspiración del dominio del mundo, Roma hubiera cedido en pro de las viejas concepciones. De ahí que en determinado momento no se vacilara por las segundas, pero la fuerte imprenta que la primitiva estructura había impuesto hizo que la adaptación se hiciera paulatinamente, con vacilaciones.

El primer triunfo resonante aunque pasó desapercibido para los contemporáneos lo hallamos en la admisión de la Ley de las XII Tablas de que pudiera consolidarse el dominio quiritario sobre una res mancipi que no se hubiera adquirido por alguno de los modos tradicionales previstos por el derecho quiritario. Si bien al principio se redujo la aplicación de la nueva idea a los ciudadanos que hubieran entre sí transmitido tales cosas por vías del derecho de gentes, no por ello dejaba de vislumbrarse que a través de esa brecha se introducirían nuevas formas de solución que acabarían prácticamente por destruir el rígido precepto. El que un ciudadano pudiera lograr mediante el usus, siempre que hubiera tradición y título del jus gentium la propiedad quiritaria del bien, por el transcurso de uno o dos años, era ya de por si toda una revolución. Significaba que se abría por fin el cuadro cerrado del derecho quiritario como una ventana para que por ella entraran las nuevas brisas de la equidad, de la sutileza, de la concepción más espiritualizada y económica de las relaciones de los hombres entre sí.

Escapó de esa manera en este progresivo ir hacia adelante de la tutela fundada en el "imperium", la situación del que teniendo la res mancipi durante un año o dos, la transformaba en dominio quiritario, tutelado por consiguiente por el derecho civil. Si con el usus se adquiría jurídicamente la cosa ya no tenía sentido hablar de posesión, y sin embargo se seguiría considerando a esta como factor primordial- por esta razón. Cuando la comunidad evolucionó en el sentido que la capitalización, el comercio imponían, la idea económica que ve en la relación de cosa y hombre una función destinada a la producción y al intercambio terminaría por adquirir la prevalencia, y por sobre las concepciones del derecho entonces conocido, iría perfilando una nueva estructura a la que el orden jurídico terminaría por acatar.

Valoración económica trascendente, idea jurídica que se desdibuja y desaparece, no explican por un lado la creciente influencia que ejercería sobre el espíritu de los hombres el poder económico sobre las cosas, y el olvido paulatino de la vieja concepción que veían en la relación del sujeto con la cosa una exteriorización de su gallardía militar o de su misticismo religioso.

Pero el soplo de los nuevos vientos no se desenvolvía con tan propicio resultado que no hallara obstáculo alguno a su desenvolvimiento. Si bien podía desvanecerse poco a poco la idea de la relación militar con las cosas, más difícil parecía superar el concepto de que la obligación es un vínculo material que solo puede acarrear destrucción y muerte. Carente de contenido económico, supeditada al prejuicio de la venganza, dependiente de los contenidos psicológicos que creaba por rebote en el espíritu del deudor la posibilidad de que sobre el obligado, una persona muy cara e íntimamente vinculada a sus afectos, se ejercitara el poder destructivo, la obligación estaba tan lejos de la moderna concepción que ve en ella primordialmente el interés crematístico del acreedor, que resultaba prácticamente imposible tutelarla fuera de las sagradas formas que consagraban su exitencia y garantizaban su realización.

De ahí que no pudieran ser materia de interdictos. Pasaron los siglos y un fundamental aspecto de la vida del pueblo quedó al márgen

del progreso; evolucionaba la propiedad, se encontraban nuevos cauces para favorecer de alguna u otra forma el desenvolvimiento económico, posibilitando que el individuo tuviera una adecuada protección con respecto a sus instrumentos de producción, pero no se veía la posibilidad siquiera de encontrar solución a uno de los elementos más imprescindibles del desarrollo de un pueblo: la obligación, pero concebida en forma positiva y activa, como instrumento dinámico del continuo devenir económico de la colectividad.

Esta torpeza del pueblo romano en la adaptación no es solo característica de este problema, la hemos hallado en otras situaciones, como en las políticas, donde nos ha admirado que la lenta progresión de la comunidad hacia nuevas formas, caracterizada por la grosera y retardada marcha tan en contraste con las ágiles formas del espíritu ático, tuviera sin embargo en definitiva tan sobresalientes frutos. Y es que el milagro se produjo en virtud de la constancia, humilde aunque poderoso factor que logra al fin, ante el asombro de los mediocres, las mas excelsas realizaciones.

No, no podía el magistrado con todos los recursos que ponía el pueblo a su disposición superar la concepción de que la obligación era algo distinto y particular, que estaba al margen de toda flexible realización económica, y por ello es que durante siglos no se halló salida para tal problema. Pero llegaría el momento en que la interna y compleja labor del subsconciente que desde lo más íntimo del alma configuraba un rotundo mentís a la estrecha ligazón con el pasado, diera como florecimiento del dolor y la penuria una gran teoría: la de la Bonorum-Venditio. El objetivo que se alcanzó fue inmenso y se explica entonces que no se recurriera desde los antiguos tiempos a la posibilidad de extender la tutela interdictal a los vínculos del comercio, derivados del derecho de gentes, pues las consecuencias que la obligación romana producía eran tales, se hallaban tan impregnadas de los resabios del feudalismo, que se justificaba que existiera mas bien una tendencia restrictiva que amplia en el reconocimiento de la misma.

Quizá parezca paradojal que en el campo de las cosas inmuebles, con relación al heredium, con respecto a las cosas inmuebles -

que daban seguridad y poderío al hombre, en la materia que más trascendencia e importancia política tenía, se abrieron los primeros claros que permitieron a la nueva economía poner los primeros elementos de la destrucción del viejo orden. Y es que siempre se comienza la desintegración por lo más fundamental e importante. Cuando se extingue el ser humano muere primero este, y siguen sin embargo viviendo células de su organismo, sin que por ello impidan que desaparezca la compleja unidad que el individuo comporta. Se abate el rey, se extingue la cabeza. Y es que sino se daba un golpe mortal a la organización inmobiliaria todo el sistema estaba condenado de antemano a la ruina.

Y el primer mazazo lo recibió de Servio Tulio. Mientras la tierra se hallaba inmovilizada en poder del patriaciado, podía la vieja organización gozar de sus fueros y soñar que el orden establecido obedecía a la voluntad Divina y que no cambiaría nunca. De ese modo podía darse el infinito place de considerar a los plebeyos, y a los extranjeros como seres inferiores a los que nunca podría admitir como iguales, ni siquiera en el supuesto de que en estos el desarrollo de sus facultades espirituales pudiera ser título para reconocerlos como pares. Pero desde que se abrió la posibilidad de que los mismos, por el sólo hecho de detentar tierras, aún cuando no fueran propietarios quiritarios, podían figurar en el censo, con todas las cargas que ello comportaba, pero también con todos los honores que ello implicaba, se destruyó un mito. No en forma súbita sino paulatina, pero con la misma eficacia de una revolución tajante e inmediata.

Ello beneficiaba a los plebeyos, pero Oh misterio!, no hubo medida que los favoreciera que no tardara en favorecer también a los extranjeros. Y es que el fenómeno se producía en virtud de los beneficiosos resultados que sobre la organización producía el intercambio. Convertida la comunidad en función del dinero y del crédito y lograréis con ello hacer desaparecer los prejuicios que se fundan en la comunidad de raza y de dioses; hay una divinidad más poderosa, la del metal que no reconoce más adoradores, príncipes o esclavos, que los que se prosternan ante su poder.

Dentro del derecho de las cosas la primera brecha la había producido el interdicto; y como segundo y fundamental paso hallamos la acción Publiciana. Limitada al comienzo a las relaciones sobre las cosas mancipi de los ciudadanos romanos, se extendió luego a otros derechos reales, involucrando finalmente por obra del Pretor otros bienes y también a los extranjeros, aunque en la forma de prescripción, es decir de defensa contra la acción preinvindicatoria. Parecerá extraño que cuando surgiera dicha acción en el procedimiento formulario se mantuvieran también los interdictos. Dicho hecho significaba sin más que directamente una institución del derecho de gentes había sido totalmente asimilada por el derecho civil y tenía el mismo sentido que en los viejos tiempos, hacia el 449 a de J.C. había tenido la disposición de la Ley de las XII Tablas que había admitido, oh sorpresa:, que una forma no prevista por el derecho quiritario, mediante el usus, permitiera adquirir el dominio quiritario al cabo de la detentación pacífica y pública de la cosa durante un año o dos según fuera mueble o inmueble.

La economía con paso lento pero seguro demolía con su certero ariete no sólo el edificio, sino hasta los basamentos de la antigua organización. Y por sobre la idea del poder militar y físico sobre las cosas, preponderaba la del poder económico, esto es la posesión.

Asombra entonces que alguna vez se pudiera asociar este concepto, sin más, en virtud de lo que afirman los textos romanos de la compilación de Justiniano, al derecho civil. Y asombra más que un jurista insigne, Savigny, al que le cabe el mérito de vincular la calificación de civil con el antiguo derecho, haya olvidado, no haya reparado en la incogruencia que significaba asociar dicha expresión, propia del derecho quiritario, con la sospechosa posesión.

Para nosotros la posesión no es la causa, sino el resultado de la tutela interdictal. No nació primero aquélla, sino que fué el fantasma que se perfiló como institución estable a través de la tutela interdictal. La posesión es un reflejo, una forma de expresión, una variante que el espíritu popular halló para designar una realidad configurada durante siglos por el ejercicio del "imperium", de la autoridad. Se aplicaba a mú

tiples relaciones, a todas aquéllas que privadas de tutela por el ordenamiento jurídico feudal, sólo hallaban en el poder del magistrado o de los reyes la posibilidad de defensa que el derecho les negaba.

La circunstancia de que subsistiera la posesión como factor económico esencial puede explicarse por el hecho de que con respecto a las cosas inmuebles, era mucho más difícil superar las arcaicas realizaciones que con respecto a las cosas muebles. Y si bien en materia de vínculos personales persistiera todavía el viejo criterio, no obstante la tendencia que tenía superarlos para hacer lugar, en lo que concierne a la dinámica jurídica, a la aprobación de las sujeciones derivadas del derecho de gentes, con ello no se desvirtua la antedicha evolución pues debe reconocerse a la misma, en el pueblo romano, sus lógicas y naturales restricciones. No resulta congruente que en materia de situaciones estables se produjera con más rapidez un desarrollo que los hechos imponían, mientras quedara rezagada la misma evolución tratándose de los elementos dinámicos que producen el intercambio, es decir, las obligaciones. Pero tales incongruencias no son raras en la historia del pueblo y del Derecho romano.

Lucha entre el viejo orden y el orden nuevo, lucha entre la organización quiritaria cerrada y la organización extra ordinem abierta y plena de posibilidades, lucha entre el principio feudal y el principio del progreso, lucha entre la estructura que finca su razón de ser en la exclusividad y en el odio a lo extraño, y la que lo hace en la comprensión y en la amplitud. Lucha entre el misticismo y la tolerancia; lucha entre el dogma y la consideración práctica de las cosas. Cómo se resolvió? El hombre aspira a la universalidad, tiende a Dios, a la unicomprensión de todos los fenómenos, dónde no caben los distingos y las restricciones. Y en tal forma se impuso la idea de la posesión que comportaba que el dominio debía compenetrarse de la economía y desprenderse de los resabios militares y religiosos que habían constituido su fundamento.

Y sobre el punto crucial y vertical de toda la antigua organización, la tierra, se perfiló caso con exclusividad la teoría que resultaría la obsesión de los jurista de la época clásica y de los contemporáneos,

dejándose así en la trastienda, echándose al olvido, otras situaciones igualmente protegidas por los interdictos, y terminándose por considerar a estos no ya como la idea madre de la posesión y otras instituciones, sino como efectos de aquélla.

Si hubo entonces una obsesión fué la relativa a los inmuebles, y si como consecuencia de ello se olvidó que con anterioridad también la protección extraordinem había existido con respecto a los muebles, no ha de culparse a los juristas del siglo pasado que se obsesionaran por las expresiones que figuran en las fuentes del dererecho romano que han llegado hasta nosotros, olvidando que en tiempos de Justiniano o aún en épocas relativamente más lejanas no cabía la comprensión de fenómenos que por su raíz obedecían a principios más elementales.

Pero los siglos pasan, los hombres olvidan, la evolución jurídica de la comunidad determinó que los resultados más dudosos del derecho de gentes de la equidad y del progreso, se conceptuaran como propios del derecho civil. El triunfo es siempre un elemento fundamental para la aceptación de las ideas y los hombres por el servilismo innato que los caracteriza se hallan siempre impulsados a seguir la corrientes espirituales que reciben la consagración de sus coetáneos. Y se explica de tal modo, que cuando por la reforma del procedimiento, cuando por la introducción de las fórmulas, se echara un poco al olvido la antigua tutela interdictal, adquiera relevancia la idea de la posesión, y tuviera esta, sobre todo en la época postclásica, el lugar de preferencia que antes habían ocupado los interdictos.

Pero en el interin se había producido un acontecimiento trascendente; el viejo derecho civil había cedido al fin y se había compenetrado de las soluciones establecidas por el derecho de gentes que por otra parte, y en virtud de las profundas reformas políticas que las guerras civiles habían producido, se había cristalizado con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, incorporándose a la masa de la legislación, con lo cuál perdía la maravillosa flexibilidad que ha asombrado a los siglos. Cedía su lugar a una nueva organización informe, saturada de equidad que ya no presidirían los antiguos magistrados o premagistrados republicanos,

sino el emperador ávido por consolidar su poder a través de la centralización en sus manos de las distintas manifestaciones culturales del imperio, y por ende del derecho. No podía tolerar, si quería consolidar su incierta situación dentro del Estado que el instrumento más sutil y poderoso que había tenido en sus manos la autoridad: la adaptación de las nuevas necesidades de las normas jurídicas que habían tenido los magistrados y habían ejercitado mediante sus Edictos, escapara a su control.

De esa manera las instituciones del derecho honorario se incorporaron al derecho civil; ya mucho antes de que se produjera la recepción por el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, sin duda, se habría producido de hecho tal asimilación, desde que cuesta creer que la creciente y segura preponderancia -del derecho de gentes no terminara por habituar a legos y juristas a considerarlo como una parte del derecho civil-

Sería entonces que cabría la posibilidad de considerar la posesión como fenómeno, en ciertos casos, propio del derecho civil pues como ya hemos dicho, en las primitivas épocas nada pudo haber más opuesto al mismo. Cuando el usus servía para adquirir el dominio quiritario conseguido este ya no tenía sentido inquirir si la posesión en tal caso podría considerarse civil. Y mientras ello no ocurriera se estaría frente al simple usus, a lo que luego se llamaría posesión tutelada por el magistrado primero con interdictos, y después también con la acción Publiciana.

La misma acción Publiciana constituyó una genuina expresión del derecho honorario, de modo que la posesión ad usucapionem no pudo ser civil en el sentido de que estuviera involucrada dentro del derecho quiritario.

Pero desde que con la fusión del derecho civil propiamente dicho y el derecho honorario se amplió el concepto de aquél entonces bien pudo distinguirse entre la posesión que podía convertirse en dominio, y la posesión que sólo acordaba la protección interdictal, llamándose a esta última natural por oposición a la primera que fundada en una justa causa ó título permitiría al titular consolidar su situación transformando la posición de hecho que tenía en dominio.

Luego no tiene tanta importancia la disputa en torno a si la posesión civil correspondía como institución al derecho civil propiamente dicho o al derecho de gentes. En realidad había sido obra de este último que la había tutelado mediante interdictos, posteriormente y para ciertos casos había construído una acción, la acción publiciana, y finalmente cuando también se consideró al derecho de gentes como parte integrante del derecho civil, se utilizó el adverbio "civiliter" para designar entre otros un tipo de posesión, el que no hubiera tampoco dificultad alguna en extender el criterio a los casos en que se adquiriría el dominio mediante otro remedio pretoriano, la prescripción de largo tiempo.

Queremos entonces recalcar que cuando Ulpiano en D.10.4, 3, 7, 12, contrapone la posesión civil a la natural, no hacía sino utilizar los conceptos del Derecho que comprendían al civil y al de gentes, y daba al calificativo primero un sentido muy distinto al que en realidad había tenido en los primeros tiempos.

Se explica que se distinguiera entonces entre la posesión fundada en justo título que conducía a la propiedad, o la que se hallaba solamente amparada por los interdictos o de la pura detentación que no gozaba siquiera de la tutela interdictal.

Si el marido dona a la mujer una cosa, como las donaciones entre marido y mujer están prohibidas, la mujer posee sin causa o títulos, no posee civilmente, pero se admitió, luego de vacilaciones, que fuera poseedora ya que si ella no lo fuera tampoco lo sería el marido que había perdido la posesión al transferirla.

El limitar a la posesión civil al caso de que la misma ha de conducir a la usucapión ha sido controvertido. La discusión gira en torno al fragmento de Ulpiano de D.10, 4, 3, 12. Conforme a ese texto la actio ad exhibendum procede no solo contra el que tiene la posesión civil sino también contra el que tiene la posesión natural. Y a continuación agrega que el acreedor prendario está sujeto a la acción ad exhibendum Como se ve el texto no dice que el acreedor prendario no sea poseedor civil, pero se infiere que no lo es pues si ha dicho antes que se da la acción no sólo contra aquél a quién corresponda la posesión civilmen-

te sino contra el que tenga la natural, y agrega enseguida el caso del acreedor prendario, es porque el jurista consideraba a este como poseedor natural.

Sin embargo la solución no es tan simple. Ya la Glesa interlineal observaba, glesa f) a la vez "crediterem" del fragmento comentado: "hic civiliter possidet": "este posee civilmente", y se remite a D.41 3,16 que es un fragmento de Javoleno y dice así: "Por el esclavo que ha sido dado en prenda ha de accionarse ad exhibedum con el acreedor (prendario) no con el deudor, porque el que le dió en prenda, solamente lo posee para la usucapión, pues en lo que hace a las restantes causas lo posee el que lo recibió (en prenda), de modo que puede añadirse la posesión de aquél que lo pigneró".

El texto de Javoleno invocado por la Glesa no es decisivo, como se ve, para demostrar la afirmación de que el acreedor prendario era poseedor civil. Sin embargo resulta cierto que no es lo mismo el caso de este último que el de la mujer que recibió una donación del marido pues aquélla no tiene otra causa que la sola posesión para poseer, posee pre possessere, en tanto que el acreedor prendario posee en virtud de un derecho real sobre la cosa pignerada. Paulo trae el siguiente caso en D.24,1,26,pr: "Si al que me vendiera una cosa le ordenara que la diera a mi mujer por causa de donación y aquél en virtud de mi orden le entregara la posesión, se libera, porque aunque por derecho civil se entiende que ella no posee, ciertamente el vendedor no tiene ya nada para entregar". En D.41,6,1,2, enseña el mismo jurista: "Si se hubiera realizado una donación entre el marido y la mujer (uxer) cesa la usucapión Lo mismo si el marino donara la cosa a la mujer y se produjera el divorcio, Casio responde que cesa la usucapión, porque no puede por sí misma cambiar la causa de la posesión: ella en cambio usucapirá luego del divorcio, si el marido se lo permitiera, entendiéndose como si entonces le hiciera la donación. Juliano piensa empero que la mujer posee la cosa donada por el marido".

En D.41,2,1,74, dice Paulo: "Si el marido cede a la mujer la posesión por causa de donación, muchos piensan que ella posee, porque una cuestión de hecho no puede ser anulada por el derecho civil; y a

que conduciría decir que no posee la mujer, cuando el marido, desde- que no quiso poseer, perdió de inmediato la posesión".

Ulpiano, D.43, 16, 1, 79, enseña: "Es expulsado el que posee, - sea que posea civilmente o naturalmente: pues la posesión natural per tenece a este interdicto (de vi)", y en el 710: Por consiguiente (denique) si el marido donó a su mujer y esta fuera expulsada, podría utilizar el interdicto; no en cambio si lo fuera el colono".

Thibaut (Abhandlungen, 339) citado por Savigny, op.cit.p.57 y 58, nota 2, entendía el texto en el sentido de que era el marido el que tenía el interdicto, refiriendo el "poder" al marido y no a la mujer, - aunque esta sea, como señala Savigny, el sujeto más próximo en la fra se.

La polémica radica en que para Thibaut como para otros autores cuando no hay posesión civil no hay posesión en absoluto, o sea que en este último caso sólo hay tenencia. Savigny entiende en cambio que existe: 1o) la posesión civil; 2o) la posesión natural que puede ser - a) tutelada por interdictos; b) no tutelada.

Un texto de Ulpiano parecería confirmar la teoría que Savigny ataca: D.24, 1, 46, cuando dice: "Que entre marido y mujer no hay- ninguna donación de la posesión." Savigny explica el mismo en el sentido de que lo que quiere significar es en tales supuestos no podrá poseer con causa, a saber pre donate, pero si tendrá la posesión aunque- no la civil.

Aparentemente los juristas de la época clásica distinguieron - entre posesión natural y civil: Naturalis possessio D.41, 2, 1, 71; D.41 - 2, 3, 73; D.41, 2, 3, 713; D.41, 5, 2, 72; D.43, 16, 1, 79. Possessie naturalis D.22.1, 38, 710; D.45, 1, 38, 77, "Possessie non solum civilis sed etiam - naturalis: D.41, 5, 2, 71. "Possessio quae est naturalis: D.41, 1, 11: citas - de Savigny, op.cit.p.49, nota 3.

Lo que no está en cambio claro es que Ulpiano En D.10, 4, 3, - 715 incluyera al acreedor prendario entre los poseedores naturales. En la Palingenesia de Otto Lenel, Volumen alterum, Lipsiae 1899, en latín No.720, folio 558, se reproduce el texto de Ulpiano correspondiente al

Libro XXIV sobre el Edicto sin observar la parte relativa a la inclusión del acreedor prendario.El orden de los textos, según Lenel, era este:D.10 4, 3, 715;D.10, 4, 5;D.10, 4, 7, que constituían un único capítulo. Triboniano entre el texto de Ulpiano D.10, 4, 3, 715 y la continuación:D.10, 4, 5, intercaló un pasaje de Pomponio:D.10, 4, 4, tomado del libro VI de ese jurista de su comentario a Sabino.Conforme a la reconstrucción de Lenel, ep.cit.No.481, fol.100 el mismo pertenece a D.33, 5, 8, 73, y debe intercalarse entre "agoro potero" y "et cum herede".El texto dice así:- D.33, 5, 8, 73:Si rerum depositarum electie mihi relicta sit, et, ad exhibendum cum es apud quem depositae sint, agere potero et cum herede agere ut is depositi agende facultatem mihi eligendi praestet".Se trata de legado de opción de cosas depositadas:el jurista dice que el legatario puede accionar ad exhibendum para que pueda elegir, y también con el heredero para que este accione contra el depositario y le facilite la facultad de hacer la elección.Intercalado D.10, 4, 4 el fragmento queda así: D.33, 5, 8, 73:Si rerum depositarum electie mihi relicta sit, et, ad exhibendum cum se apud quem depositae sint, agere potere(nam et cum ce,- apud quem deposita vel cui commedata vel locata res sit, agi petest) et cum herede agere, ut is depositi agende faculatem mihi eligendi praestet".

Pareciera entonces que D.10, 4, 3, 715, dijera este:se puede ejercitar la actio ad exhibendum tanto contra el que posee civilmente como contra el que posee naturalmente la cosa:sea el acreedor prendario que está sujeto a ella, sea el depositario o el comandatario.De lo que se concluría que la mención del acreedor prendario se daría como caso de posesión civil, y la de los demás como ejemplos de poseedores naturales.En efecto Triboniano al finalizar el párrafo 15 de D.10, 4, 3, dice:"denique erediterem, qui pignerom rem accepit, ad exhibendum teneri placet:" y sigue el fragmento 4 de Pomponio:"nam et cum ce, apud quem deposita vol cui commedata vel locata res sit, agi potest".Este texto aparece como integrante del 715 del anterior, luego constituyen un todo, y se dan así los dos ejemplos de las dos clases de posesión:de la civil, el acreedor prendario;de la natural, el depositario y el comendatario.El adverbio "denique" significa por consiguiente, y si ha dicho el jurista que está sujeto

a la acción ad exhibendum el poseedor civil y el natural, lógico es - que lo que siga constituyan dos ejemplos, uno de posesión civil:el a - creedor prendario, y el otro de posesión natural:el depositario y el comodatario.Tal como era el texto original de Ulpiano aparecía que luego de hacerse el distingo entre ambas posesiones se daba el ejemplo só lo de la posesión civil, y no en cambio de la posesión natural, ya que- D.10,4,5,con respecto a D.10,4,3,715 constituye un punto y aparte- Y en este fragmento Ulpiano desarrolla precisamente las hipótesis relativas a los casos de la posesión natural.Parecería entonces que el texto del mencionado jurista al distinguir entre posesión natural y civil- y dar enseguida un ejemplo de esta última, entrando en punto y aparte a considerar los casos posesión natural quedaba incompleto, razón por la cuál la Comisión o subcomisión de Triboniano lo completaría mediante la inserción del fragmento de Pomponio.

Ya hemos visto que los textos que Savigny invoca en apoyo de su teoría contemplan un supuesto muy diferente al del acreedor prendario :el de la donación entre marido y mujer, donación nula para el derecho.Cabe sin embargo preguntarse cómo en tal supuesto se acordaba a la mujer los interdictos? Savigny contesta :porque la tutela interdictal se daba también a la posesión natural, en cuyo caso y en virtud de que se dice en el texto que la mujer no tiene la posesión civil, cabe - concluir que esta se entendía como la que era apta para usucapir.Thibaut para destruir tal doctrina tiene que forzar la interpretación de D. 43,16,1,710 acordando el interdicto en tal caso al marido y excluyendo de dicha protección a la mujer, para demostrar así que la posesión- natural no estaba de manera alguna protegida.

Pero es que la situación es en extremo particular:la donación- que hacía el marido a la mujer era nula:D.24,1,46, no obstante lo - cuál el marido había perdido la posesión de la cosa donada porque con respecto a ella había perdido el corpus y el animus.Esta era una situación de hecho que no podía ser desconocida por sutileza del derecho- civil :era la realidad:D.41,2,1,74.En D.24,1,26 pr.el mismo Paulo se preguntara si el vendedor por orden del marido entregó la cosa comprada por este a la mujer, por causa de donación, se verá liberado.Y con-

testa que aunque ella no sea poseedora por derecho civil debe sin embargo considerarse que el vendedor se liberó de su obligación pues no hay ya cosa que debe entregar.

Si no se acordara en tal caso a la mujer la tutela interdictal - resultaría que nadie la tendría; de manera que se trata de una hipótesis muy particular. De negarse los interdictos a la mujer nadie podría ejercerlos: no el marido que se había desprendido de la posesión, no el vendedor que igualmente estaba privado de ella. Cierto es que el texto dice que la mujer no posee civilmente y que también se enseña que la misma no podía poseer pro donate (causa apta para la usucapión) sino pre possesere, Pero es que la duda en tal hipótesis no estaba en que la mujer pudiera o no usucapir, sino en si podía o no gozar de la tutela interdictal. Era evidente que la mujer no podía obtener la propiedad de la cosa donada por usucapión, ni continuar la del marido en el caso de que este le hubiera transmitido a título gratuito una cosa ajena. Para confirmar tal verdad no era menester que Paulo dijera en D.24, 1, 26, : "licet illa iure civili possiderenen intellegatur". Aquí no le preocupa al jurista la cuestión de la usucapión, sino la del vendedor: lo que le interesa es determinar si este se ha liberado o no de su obligación. Podía dudarse que ello ocurriera en virtud de que siendo nula la donación del marido a la mujer, y no pudiendo siquiera esta gozar de la - protección interdictal, se considerara que el vendedor permanecía aún obligado hacia el marido que había comprado la cosa. Pero prevaleció el hecho de que el vendedor se había desprendido corpore et anime de la posesión. Si combinamos este fragmento con D.41, 2, 1, 74 y asociamos el "intellegatur" del primer texto, con el "plerique putant", nos daremos cuenta fácilmente que lo que estaba en controversia no era - la posibilidad de que la mujer pudiera usucapir, sino de si se le debían o no en tal caso acordar los interdictos. Cómo podía preocupar a Paulo en el caso del vendedor que la mujer pudiera usucapir, cuando toda su mente se hallaba concentrada en la liberación del vendedor? Y si muchos juristas opinaban que en tal supuesto la mujer de hecho tenía la posesión, era por la razón que dudaba el mismo Paulo mediante una pregunta: pues de decidirse lo contrario resultaría que nadie podría frente

al usurpador invocar la ayuda de los interdictos.

Los mencionados textos no ayudan en realidad a Savigny; sólo puede explicarse que los invocara en virtud de la obsesión que lo embargo: la frase "posesión civil". Sin más se volvió hacia el derecho civil en sentido estricto, pero olvidó que dicha expresión referida a épocas pretéritas constituía un contrasentido.

Después de todo tenían razón la Glesa, Thibaut y Cuperus, el acreedor prendario tenía la posesión civil, y sólo como una excepción se concedió la misma a la mujer en la hipótesis de la donación que le hiciera el marido.

Tampoco está acertado, en consecuencia, Biondo Biondi, cuando en el pasaje ya citado de su obra atribuye la posesión civil a los casos del justo título y de la usucapión.

Cuperus no tenía necesidad de señalar que Paulo se contradecía en D.24, 1, 26, ya que su pensamiento no era diferente al que exponía en D.41, 2, 1, 74, desde que tratando una situación excepcional se explicaba naturalmente que surgiera el problema de si en tal supuesto pudiera acordarse a la mujer la tutela interdictal. La duda, la controversia versaban no sobre la usucapión, que nadie podía poner en duda que ni podía tener lugar de modo alguno, sino precisamente sobre el caso de una posesión en el vacío, susceptible de ser violada por cualquiera.

La base que utiliza Savigny de un texto de Ciceron y otro de Petronio no le favorecen. El primero es Pro Caecina capit. 12, Nizard, Obras completas de Ciceron, en latín y francés, t. 2. Paris 1860, p. 387, si bien el gran abogado hace la distinción entre el derecho civil y el penal, cabe preguntarse si no tomaría el primero en una lata acepción que comprendiera también al derecho de gentes. Es cierto que párrafos más arriba hace el distingo entre derecho civil y derecho pretoriano, pero nada autoriza a considerar que en el primer sentido no le diera a la expresión la acepción más lata que en su tiempo ya debía tener el jus civile. Si se me ha quitado la posesión del fundo o de mi casa, bien pudiera recurrir a las vías del derecho civil o a la de los interdictos, y sería contrario a la equidad y a la justicia que no pudiera hacerlo. Pe

ro dejando de lado esos remedios, acaso no podría tener también los recursos del derecho criminal? Savigny ve en la expresión ius civile el sentido de contraposición a derecho criminal y tiene razón. Pero lo que no prueba es que el gran orador le diera a la anterior frase el mismo significado que le diera párrafos arriba, o sea que contrapusiera el derecho civil al derecho honorario. La cuestión se presta a dudas, pero es el caso que las fuentes que Savigny trae a colación no le ayudan a consolidar su tesis. La indiferencia con que trata el texto de Petronio en el Satiricón Cap. 13, Nizard, 1860, p. 8, no puede admitirse tan fácilmente porque muy bien pudo el autor referirse al derecho civil significando al derecho de gentes en una época en que aunque fuera anterior al Edicto de Salvio Juliano, no obstante era cosa habitual entre los individuos de la colectividad, aún en el lenguaje literario, considerar que las instituciones del derecho de gentes eran comunes a las del derecho civil.

Para nosotros todo esto significa que tenían razón la Glesa, Cuperus, Thibaut, etc, en contra de lo que dice Savigny, de que la posesión civil, en la época clásica, quería significar también la tutela interdictal. Y está esto en consonancia con lo que ya hemos dicho con relación al problema de la usupación; si esta se cumplía era dominio quiritario y se hallaba comprendida dentro del ius civile; en el interin, mientras ello no ocurriera, se recurriría a la protección que brindaban los interdictos, y luego cuando se creó la acción Publiciana, se fingiría por el magistrado que se había cumplido el plazo que la ley exigía. Pero en este último supuesto se trataría siempre de una acción del derecho de gentes.

Todo ello significa que ninguna referencia tenía en todo caso la frase "posesión civil" con respecto al antiguo derecho quiritario o al derecho cuyas fuentes de producción eran la ley, la costumbre, la interpretatio de los juristas, sino que la misma se elaboró por los prudentes cuando se consideró al derecho de gentes como una parte del derecho civil, cosa que había ocurrido sin duda mucho antes de que se compilara el ius gentium en el Edicto Perpetue de Salvio Juliano.

Concebida en la primera etapa la posesión como una de las múltiples situaciones que se hallaban al márgen del derecho, que se tutelaba

mediante los interdictos, se produjo ya en los antiguos tiempos un desplazamiento de la misma, en ciertos casos, hacia el ámbito del ordenamiento jurídico: ello ocurrió con la usucapión prevista ya por la Ley de las XII Tablas aunque sólo tuviera lugar tratándose de un ciudadano romano que hubiera transferido a otro ciudadano romano o a quién tuviera el ius commercii una res mancipi mediante la tradición, y siempre que la cosa no fuera hurtada o perdida.

El segundo paso se dió cuando se creó la acción Publiciana in rem, complemento de la usucapión por el que se tutelaba la posesión cuando existía causa usucapiendi aún frente a terceros que se habían apoderado de la cosa. Esta etapa estuvo precedida y fué preparada mediante las excepción de dolo y de cosa vendida y entregada. Pertenecen todos estos remedios, sin duda, a la época en que había aparecido el procedimiento formulario, y es muy posible que tuvieran sus antecedentes en remedios análogos arbitrados por el pretor peregrino.

La tercera gase se cumplió cuando el magistrado mediante la praescriptio longi temperis, si bien tuvo al principio y durante muchos siglos el carácter de una excepción, incluyó dentro de las posibilidades de adquirir por el usus las cosas nec mancipi, como los fundos provinciales, etc.

En tal estado es probable que se distinguiera entre casos de posesión protegidos solamente por interdictos y casos que además lo estaban por acciones. La misma noción del dominio se enriqueció y amplió durante el procedimiento formulario ya que la fórmula petitoria, mucho más amplia que la antigua acción de la ley in rem por el sacramento. tutelaba también los casos del dominio de gentes. Y si es cierto que se extendió la acción Publiciana a otros supuestos como el usufructo, las servidumbres, etc. del mismo modo que se extendió el contenido y alcance de la misma excepción de cosa vendida y entregada, siempre se tuvo en cuenta que fuera de la detentación a nombre propio de la cosa corporal no había verdadera posesión, de ahí que aquéllos casos aun que estuvieran amparados por acciones no se incluyeran dentro de la categoría calificada como posesión civil. Pero el acreedor prendario, -

verdadero poseedor, cuyo derecho estaba tutelado precisamente por una actie in rem, no podía dejar de ser calificado como poseedor civil.

Este término pues no es sino una consecuencia de los desarrollos anteriores que fueron producidos por el desenvolvimiento que experimentó el derecho de gentes en virtud de la actividad que desplegó el pretor peregrino y luego el pretor urbano y los gobernadores de provincias cuando tuvieron estos últimos en sus manos las flexibles vías que utilizaba el primero para la solución de los conflictos.

El problema que plantea Paulo en D.24, 1, 26 pr.es mucho más complejo de lo que Savigny cree;si no se hubiera limitado el insigne maestro alemán a la frase "quia licet illa iure civile pessidere non intellegatur", y hubiera reparado que la especie del jurista romano consistía en determinar si el vendedor se había o no liberado del cumplimiento de su obligación, hubiera advertido que quedaban graves cuestiones por resolver.En primer lugar cabe suponer que en tal caso la mujer nunca podía usucapir la cosa pues aunque no fuera de propiedad del vendedor, la circunstancia de que se adquiriera con dinero del marido, impedía que como ajena pudiera ser adquirida por la mujer mediante el usus ver Cuiacio, Libro 18 de Observaciones y Enmiendas, t.1, edic.de Prade 1836, Cap.15, p.809.Podemos preguntarnos en segundo lugar si siendo el vendedor propietario transfería el dominio:podría decirse que sí pues en realidad había dos actos de tradición reducidos a uno por una traditio brevi manu:el del vendedor al marido y el de este a su mujer:el primero tenía por causa la compraventa, el segundo, la donación.De no haberle dado el comprador la orden al vendedor de entregar la cosa a su mujer, los hechos hubieran pasado así:el vendedor hubiera hecho la tradición al comprador transfiriéndole el dominio, y luego este la hubiera transferido a su mujer donationis causa, con lo cuál no hubiera perdido la propiedad porque dicha donación era prohibida.Ahora bien, si la mujer perdía la posesión a manos de un tercero, lógico era que el marido, propietario de la cosa, pudiera reivindicarla.Porqué no tendría él entonces también la tutela interdictal, con prescindencia de la mujer? Paulo en D.24, 1, 26 pr.no dice nada sobre este aspecto de la cuestión:se limita a

señalar que la duda de si el vendedor se había librado de su obligación se debía a la circunstancia de que se entendía de que la mujer no podía poseer civilmente. Entonces lo que se ponía en realidad en duda era que en tal supuesto pudiera considerarse que tuviera lugar la traditie brevi manu, de modo de considerar por ficción que era como si hubiera recibido la posesión y el dominio el comprador, y luego este transfiriera la cosa por donación a su mujer. Pero Paulo admite que el vendedor se libera, luego admite la traditie brevi manu por ficción, en cuyo caso siendo el marido el propietario debía corresponder a este la acción reivindicatoria para ejercerla contra tercero si este se apoderaba de la cosa que estaba en poder de la mujer. Y como consecuencia de ello correspondería al marido la acción publiciana en el caso de que el vendedor no fuera propietario de la cosa. Y porqué entonces no darle también al marido los interdictos con exclusión de la mujer?

La respuesta la da el mismo Paulo en D.41,2,1,74, : los interdictos no se dan al marido porque este ha dejado de poseer voluntariamente: con su acto a favor de la mujer abdicó de la posesión corpore et animo pero no pudo perder la propiedad porque la transmisión, el título es nulo. Y no podría decirse que hizo abandono de la propiedad pues su renuncia en tal sentido sólo era con respecto a su mujer y no a cualquier tercero. Otra cosa ocurría en cambio con la posesión: la misma había sido perdida por el marido pues al renunciar al corpus y al animus no era posible, desde que se trataba de un simple poder de hecho, concebir siquiera que aquél pudiera tener alguna potestad sobre la misma.

Pero he aquí que si la tutela interdictal hubiera dependido pura y simplemente de la circunstancia de la detentación de la cosa con el animo de tenerla para sí, no reconociendo en ajena persona una situación superior, no hubiera existido problema alguna, pues sin vacilación se hubiera en tal caso reconocido a la mujer la tutela interdictal La vacilación al respecto de los jurisconsultos romanos da qué pensar. Como a regañadientes la mayoría, y no la totalidad, reconocen, según Paulo, que la posesión es un hecho que no puede ser anulado por el de

recho civil.Extraña que si en verdad la posesión no tenía nada que ver con la propiedad, como se afirma en un texto, existiera siquiera la posibilidad de la duda en tal supuesto, en que por la nulidad del acto jurídico celebrado entre marido y mujer, desaparecía, es verdad, la donación pero quedaba siempre el hecho real de la detentación con todas sus características de eficaz poder económico.

Imaginemos ahora que el vendedor que entrega por orden del comprador la cosa a la mujer de este no fuera el propietario, si en verdad el emter no tenía la posesión, quién en realidad podía usucapir? No la mujer pues siendo nulo el título que justificaba la posesión que tenía carecía de la protección del derecho.Tampoco podría hacerlo el marido? Si la cosa era quitada a la mujer y el marido quisiera intentar la acción Publiciana se vería frustrado en sus propósitos por la ausencia de un requisito, la posesión? .Es indudable que tales preguntas se responderían en el sentido de acordar al marido la referida acción así como tenía por definición, ya que era el propietario, la acción reivindicatoria, de la que la Publiciana in rem no era sino un modo.De modo que sólo quedaría excluido del beneficio de los interdictos que supondrían la posesión, o la pérdida de la misma contra la voluntad clara y manifiesta del titular de aquélla.De ahí la razón de la duda, y la necesidad de arbitrar una solución práctica que pudiera superar la situación.

Se trataba de todos modos, como se ve, de un caso de excepción, y si resulta equivocada la interpretación que da Thibaut a D.43,16,1,-710, también lo es el argumento que trata Savigny de sacar en su favor. Aunque no fuera el marido sino la mujer la que tuviera la tutela interdictal en tal supuesto, no por eso ha de deducirse de la solución dada a la especie que el acreedor prendario carecía de lo que entonces se llamaba la posesión civil.

Para nosotros es indudable que a tal altura del desenvolvimiento científico de la institución lo que había pasado era lo siguiente:la posesión de un hecho natural y consistente en el poder efectivo sobre la cosa corporal, con intención de ejercer el mismo, requisitos sine qua non de la tutela interdictal, había derivado hacia un concepto más sutil por o-

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

bra e influencia de la sofisticación que del instituto habían realizado los juristas con motivo de el desarrollo de la amplia tutela pretoriana para los casos no previstos por el derecho civil en sentido estricto, - que había conducido a una exagerada tentativa de incluir el mero fe nómeno de hecho, en ciertos supuestos, dentro de la estructura del de- recho.

Se nos ocurre así que la causa o título llegaría en cierto mo - mento del Derecho Romano a adquirir importancia, sobreponiéndose a sí, en algún modo, a la vieja concepción de que la simple detentación en forma exclusiva sobre la cosa de por sí, y sin más originaba la pro- tección interdictal.

Con la introducción del título o causa en la teoría de la pose sión se abandonaron los casos más simples del régimen de la situación de hecho que la misma comportaba, derivándose el problema a un cam po que sino era jurídico tenía casi todos los tintes del mismo. Y comen zaron entonces los problemas. Y ello no era sino la lógica consecuen- cia del trascendental fenómeno de que el derecho de gentes había pe netrado en el ámbito del derecho civil. Revolución que como todas - las que tienen real importancia, debía dejar sus secuelas fructíferas y sus incongruencias.

De lo que se sigue que la paradoja frase posesión civil se de- bió a los momentos de perturbación y de alteración de todo el sistema cuando por un lado la simple detentación había dejado en cierta medi da de tener sentido ante la comunidad más espiritualizada y evolucio nada, y al cierto hecho de que con todo ello no quería todavía des - prenderse de los prejuicios, de las tradiciones que constituían otros - tantos frenos a su propio desenvolvimiento.

Cuando la teoría de la causa ganó adeptos, cuando en el mero hecho de la potestad sobre la cosa con el ánimo exclusivo, no fué su- ficiente ver la adecuada conformación que justificara el otorgamien- to de un remedio procesal, se pasaría a la exigencia de algo más, de- un título. Y se consideraría entonces que sin título la posesión puede, sí y en ciertos supuestos, disfrutar de la exclusividad, pero que fuera -

de ello, no le sería posible acordarle ciertos recursos que las vías extraordinarias del magistrado habían logrado, llegándose de este modo a la distinción entre posesión civil y natural.

Esta constituye la etapa crucial de la institución: de un elemental momento en que había sido una simple manifestación natural de la economía y de la exteriorización social, de pronto se convirtió en materia propia de los prudentes y de los teóricos. Señal ineludible de que la institución había perdido su original genuinidad y se había convertido en material apto para la doctrina. Con lo cuál se había desvinculado insensiblemente del sentido popular, porque había perdido el rango de necesidad, desde que otros remedios más adecuados habían acudido para solventar situaciones que el derecho civil se veía impotente para resolver. En una palabra, la teoría de la posesión, la clasificación de la misma obedecen a una etapa en que por razón de las exigencias de la misma comunidad y de su organización capitalista, han dejado el prosaico escenario de su desenvolvimiento natural para ocupar el de ficticio juego de los prudentes.

Comenzaron entonces los distingos que tantos quebraderos de cabeza han ocasionado. Pero si no nos olvidamos de la posición que le cupo en sus orígenes, y no desechamos los resultados que se sobrevinieron con ocasión de la transformación que la regulación jurídica sufrió como consecuencia de cuanto queda dicho, nos explicaremos que en la época de Paulo pudiera entenderse que el caso de la mujer, en tales circunstancias, cosa donada por el marido, pudiera ocasionar disputas en punto a si era o no titular de la tutela interdictal.

El afán de incluir dentro de las categorías jurídicas las viejas concepciones del derecho honorario determinó que en la época de los juristas clásicos, y aun antes, se originaran tales problemas creando una nomenclatura que ha conducido en los siglos pasados a una concepción errada del problema.

Ya dijimos que el dominio fué una manifestación viril del poderío satisfecho del guerrero que ha triunfado. La posesión sólo se perfiló cuando la organización colectiva dió cierto sentido al aspecto econó-

mico, dejando de lado los resabios de la primitiva conquista bélica. Pero en el interin resultaría poco decoroso que la simple explotación del bien, de por sí, produjera los mismos resultados que originaba el honroso título de la fuerza. Se esplica así que la posesión ocupara un lugar secundario dentro de la organización feudal que predominaba durante los primeros tiempos. Pero se explica igualmente que la creciente influencia de la riqueza y del comercio nacional y ultramarino impusieran nuevos rumbos ensalzando lo que en sus orígenes había sido motivo más de depreción que de envanecimiento.

Cuando la acumulación de bienes diera una orientación distinta no se había olvidado sin embargo el pasado, de manera que los viejos prejuicios tenían todavía tal preponderancia sobre el alma del individuo que se explica que se jvolviera siempre hacia la antigua concepción y se consideraba la nueva como algo secundario, desde el punto de vista teórico, aunque de hecho, lo novedoso resultara lo más adecuado a las prácticas realizaciones que el individuo perseguía.

Y cuando tales prácticas realizaciones hallaron consagración por la autoridad, no se supo ya a que atenerse, sino a lo viejo y caduco por razones de apego a un sistema tradicional que tantos y excelentes resultados produjera, o a lo reciente que condecía, aunque fuera vergonzoso confesarlo, con las más caras aspiraciones de la comunidad. Y en definitiva prevaleció lo real sobre lo ideal, lo práctico sobre lo abstracto.

Cuando llegó la época de la filosofía, la del triunfo de la razón sobre las tendencias supremas e innatas del individuo, se consideraría ridículo dar la prevalencia a la manifestación externa del señorío militar o económico sobre la cosa, y se buscarían nuevas justificaciones más acordes con el espíritu de intelectualidad que predominarían. Y fué entonces que surgió la distinción entre la posesión civil, y la natural, resultado de una transición del abandono por un lado de los viejos formalismos y por otra de la natural tendencia del individuo a proyectarse en su más genuina forma de ser, compleja posición destinada como todas las formulas libradas a crear problemas y dificultades. Y las mismas paga

ron tributo excelsos juristas como Thibus y Savigny.

Calcada la posesión sobre la antigua idea del dominio, considerada como un poder exclusivo sobre la cosa, difícilmente podría admitirse que por un lado se detentare el corpus de la misma, y por otro pudiera admitirse un señorío superior sobre ella. De modo que si la posesión calcaba aunque fuera ridículamente al comienzo, en forma de caricatura, la situación lograda con la espada, las exigencias de la economía, las necesidades del comercio, impondrían que se pudiera siquiera concebir aunque en forma más atenuada, la posibilidad de que también el comerciante, el industrial pudiera aunque fuera mediante un caricaturesee remede lograr resultado parecido.

Y volvemos así a la vieja idea de que la posesión fué un fenómeno sintomático de la nueva organización abierta, basada más en el intercambio y en los factores de producción que en el orden militar y feudal de la estructura clánica que tuvo la primitiva comunidad romana.

De dónde si el derecho de gentes sirvió como ariete, como punta de lanza de la nueva colectividad que se perfilaba, quedaban sin embargo como retrógados elementos perturbadores los contenidos de la arcaica comunidad y por sobre todo ello los trascendentes prejuicios que irían a influir de manera directa en la obtención de los resultados.

La posesión fué un calco, un calco mal hecho y grosero de la idea dominante y sagrada: la de la propiedad, pero si ello fué así en los comienzos, a poco que se avanzara por el moderno camino, se sentiría el plebeyo imbuido de nuevas fuerzas, reconfortado por la trascendencia económica que la potestad corporal sobre las cosas le daría, para intentar aunque fuera con timidez al comienzo, la tentativa heroica de nivelar tal situación a la posición augusta, a sus pequeños ejes, que el criterio de la arcaica propiedad representaba. Pero una vez que eso se hizo carne, y no bien se viera que podía ello ocurrir sin consecuencias relativamente costosas, se iría todavía más allá, En una comunidad que se capitalizaba, en una organización que substituía la nobleza por el dinero y la economía del crédito, qué podía resultar más lógico que se buscara, reducir a los más elementales fenómenos las nuevas conquistas que se -

realizaban merced a los alicientes del dinero? Y entonces como ahora- la poderosa dialéctica de los prudentes serviría como precioso auxiliar para cambiar, si ello era posible y le fué como luego se comprobó, la - mentalidad cargada de los ejes resabios.

Pero semejante lucha no dejaría de traslucir los elementos contradictorios, las pugnas de las que resultó victoriosa, a través de vacilaciones, de duda, como las que nos deja entrever Paulo en D.24,1,26.

La estructura social organizada en función de la riqueza y el - intercambio sustituye el título o la causa de la propiedad al mero hecho de la lanza y del poder, valúa más la circunstancia del comercio que - la dura realidad del esfuerzo logrado con la punta de la espada. Y si - en un momento determinado aquélla prevalece y este ocupada en lugar secundario en definitiva la reminisencia innata aunque obscurecida del hombre por tiempos de virilidad y de arrojo, dejan su traza e influyen - sobre las mentes más serenas.

El hombre copia, prefiere elegir las vías ya trilladas para encauzar dentro de las mismas las modificaciones que las nuevas necesidades imponen, a crear otras que podrían perturbar el andamiaje de la agrupación. Qué puede entonces asombrarnos que a través de las sombras proyectadas por la tutela interdictal, en momentos que la misma fuera sino superada por lo menos igualada por otros remedios que facilitaban la instrucción del procedimiento formulario, se viera en la antigua tutela interdictal un remedio de la protección del dominio quiritario?

Y sólo del dominio, de la propiedad porque entonces no se concibiría entre los dos polos del que hacer jurídicos: obligación y dominio, otra situación atendible. Pero a medida que la creciente civilización exigiera el reconocimiento de nuevas categorías los dos puntales de la comunidad primitiva aparecerían como insuficientes fundamentos de un orden nuevo y más progresivo. No comprendería la mentalidad jurídica, - siempre impregnada de tradición, la nueva situación que se planteaba y buscaría en los viejos odres el recipiente para el nuevo vino.

La idea de que la posesión era una situación cuya pretención se fundaba en el Derecho de Gentes aparece en Paulo D.41,1,1 pr. cuando

dice "quia naturaliter tenetur", y en el 71 cuando siguiendo a Nerva - hijo enseña que el dominio de las cosas comenzó con la posesión natural. En cambio el mismo Paulo en D.41,2,3, al reproducir las enseñanzas de Neracio y de Proculo en el sentido de que no se puede adquirir la - posesión "sele animé", llama al corpus "naturalis possessie", o sea que - utiliza esta última expresión para indicar uno de los elementos de la posesión; es decir la probabilidad física de disponer de la cosa; en igual - sentido se expresa en el 713. Juliano en D.41,5,2,72 utiliza la frase " "naturalis possessie" en el mismo sentido de detentación natural de la cosa para negar al hijo la posibilidad de usucapir la cosa que le donó - el pater bajo cuya potestad estaba. En este caso existe el corpus pero no se admite el "animus" que que el hijo de familias que es una sola persona con el pater no puede tener un animus independientes. Un caso parecido era el de la mujer a la que el marido le donaba con esta diferencia: mientras el marido al entregar la cosa perdía el corpus y el animus, ello no ocurría cuando el pater hacía tradición de la misma a su alieni iuris. Es indudable que en este último supuesto si un tercero quitaba la cosa al hijo de familia podría el pater ejercitar los interdictos. El pater al entregar la cosa se la entrega a su alter ege, era como si se la entregara a sí mismo. Pero en cambio el marido que hacía la tradición por causa de donación a la mujer perdía la posesión corpore et animo. Y ocu - rría entonces la situación siguiente: el marido no poseía ya la cosa; la mujer tenía la detentación corporal y aunque tuviera el animus, como la ley no lo reconocía, podía considerarse que tampoco era poseedora. De - ahía la duda entre los juristas: la nulidad del título determinaba que la mujer no pudiera poseer civilmente: no porque no pudiera usucapir: eseiba de suyo, era un lógico presupuesto de la ausencia de causa. Qué hubiera ocurrido si el marido le hubiera entregado a la mujer una cosa en prenda para garantizar una obligación válida que tenía hacia ella? En tal caso no hubiera existido duda alguna de que la mujer poseía y gozaba de la tutela interdictal y ello en virtud de que en tal caso el animus con el cuál aquélla detentaba la cosa era reconocido por el derecho.

Los dos párrafos, 9 y 10 de D.43,16, texto que pertenece a Ulpia no aparentemente contradicen cuanto queda dicho: en el 79 dice el ci -

tado jurisconsulto:"Es expulsado el que posee, sea que posea civilmente o naturalmente:pues la posesión natural pertenece a este interdicto: "Aparentemente conforme al párrafo no cabría otra posibilidad que reconocer que la posesión civil era la que permitía la usucapión.Pero el 710 agrega:Por consiguiente(denique)y si el marido donó a la mujer y está fuera expulsada, podría usar el interdicto:no empero si el colono- "Si se vinculan ambos párrafos resulta lo siguiente:que la posesión natural no goza de la tutela interdictal fuera de la particularísima hipótesis de la mujer que recibió una cosa en donación del marido.El texto tal como se lee en la Palingonesia de Lenel, ep.cit.p.815 dice:"Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat:nam et naturalis possessie ad hoc interdictum pertinet.Denique et si maritus uxeri donavit eaque deiecta sit, peterit interdicte uti:nen tamen si colenus".

Se comprende que en tal caso se dijera que la posesion era una cuestión de hecho, D.41,2,1,74, cosa que no se repite tratándose de la donación hecha al hijo de familia.

En D.22,1,38,710 se usa la expresión posesión natural para indicar el corpus sin el animus:la simple detentación del comodatario o del depositario.Igual sentido tiene en D.45,1,38,77:"Haec quequestipulatie:"possidere mihi licere spendes? "utilis est:quam stipulatie - men servus an possit utiliter in suam personam concipere videamus, sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et idee dubitari non aportet, quin et servus recte ita stipuletur."Significa el referido fragmento de Ulpiano que se puede estipular la posesión como objeto jurídico, y que si le hiciera un esclavo a nombre propio no sería poseedor por el derecho civil, pero sí tendría la posesión natural, o sea que carecería del animus pero tendría el corpus, lo que no le daría la tutela interdictal.Este caso es diferente al del comodatario o al del locatario que pierde la posesión que detenta a nombre ajeno, pues en estos supuestos siempre el titular de la misma, al que sirven aquéllos, podría ejercitar los interdictos;en cambio desposeído el esclavo no tendría esa protección.La circunstancia de que adquiriera la posesión para sí la excluía aún de los remedios del

derecho de gentes que exigía como requisito fundamental la condición de hombre libre. Distinta fue la situación de la mujer a la que el marido le donaba una cosa propia: en tal caso podían los juristas exhumar el concepto de que la posesión en sus orígenes había sido un hecho natural, el antecedente del dominio, y aún admitiendo que no tuviera lo que entonces se entendía por posesión civil, era factible aún así concederle los interdictos.

Cuando Juliano en D. 41, 5, 2, 72 dice que el hijo de familia tiene la posesión natural de la cosa que el padre le donó, no hay duda que se refiere a la simple detentación material; el hijo tiene el corpus pero le falta el animus por cuanto el de él se confunde con el del pater con el cual constituye una sola y misma persona.

El texto de Marciano tomado del libro 3o. de sus Instituciones tiene igual significado: D. 41, 1, 11: el pupilo no puede sin la auctoritas del tutor enajenar la posesión natural, esto es el corpus de la misma, como si la diera en comodato o como consecuencia de una locación.

La posesión natural fue pues, para los juristas de la época clásica una posesión que carecía del animus necesario conforme al derecho para completar lo que se consideraba como posesión civil, tutelada por interdictos y por acciones. Solo hay un caso que dió motivo a enconadas controversias, y fue el de la mujer que había recibido en donación una cosa del marido: era una posesión natural y sin embargo, se le acordó la tutela interdictal, pues el marido en virtud de la abdicación que con respecto al animus había hecho, no podía tenerla. Fue una solución de circunstancias, y eso es lo que se escapó a Thibaut cuando interpretó D. 43, 16, 1 y 10 en el sentido de que el marido era el titular del interdicto. Cierto es que su explicación podría admitirse, acaso no sea tan seguro lo que dice Savigny al respecto que sea más factible referir el verbo "poterit" a "eaque" y no a "maritus", pero que ello no podía ser como quería Thibaut surge de la misma pregunta que Paulo se hace en D. 41, 2, 1, 74: que valdría sostener lo contrario si el marido ha perdido la posesión?

La explicación de Thibaut era forzada pero la de Savigny no

fue mas feliz. Si este maestro hubiera reparado que no podía atribuir a los mas primitivos tiempos la frase "posesión civil", hubiera comprendido, con una lectura adecuada de los textos, que en realidad había sido acuñada en épocas en que el derecho de gentes se había incorporado al derecho civil, de modo que sin discriminación se hablara del primero como si se tratara realmente del ius civile. No era justo entonces desechar el testimonio de Petronio y menos referir la expresión de Cicerón en Pro Caecina a una contraposición con el derecho criminal. Este de por si no resolvía la cuestión, pues aunque ello sea exacto, cabe luego preguntarse que entendía ese autor por ius civile?

No nos explicamos cómo Savigny no se dió cuenta de la verdad al leer un texto que él reproduce en la p. 62 de su obra sobre la materia que es claro y que justifica plenamente la interpretación que damos nosotros. En D. 41, 5, 2, 71 dice Juliano: Lo que el vulgo responde que la causa de la posesión nadie puede cambiarla en su favor, así ha de entenderse, de modo que se comprenda no solo la posesión civil sino también la natural. Y por ello se ha respondido que ni el colono ni aquel ante el cual se ha depositado o al cual se dió en comodato la cosa, no puede por causa de lucro, como heredero, adquirirla por el uso" Como se ve siempre en los textos cuando se habla de la posesión natural se la refiere a los casos en que no había ni siquiera la tutela interdictal: el supuesto de la mujer casada que recibía la cosa de su marido constituía una indudable excepción.

La explicación de Savigny resulta forzada; dice en efecto op. cit. p. 63 de la traducción francesa: "Des lors il me parai aussi tres-facile de saisir le sens dans loquel Julien se sert ici des mots civilis et naturalis possessio. Solon lui cotte regle de droit n'a pas seulement pour effet d'empechor celui qui etait en voie de devenir propietaire par usucapión (possessio civilis), de transformer son usucapión en usucapio pro herede, dent les conditions sen plus avantageuses; mais ello empeche aussi le possesseur qui ne puvait pas invoquer l'usucapión (possessio naturalis), de transformar son possession en une possessio ad usucapione". Savigny dice que el que posee una cosa y la puede usucapir podía obtener mas ventajas poseyendo la misma, luego de muerto el causante, como

heredero. Esto no siempre era así(el beneficio consistía en que la usucapio lucrativa pro heredero requería buena fe y se cumplía siempre al año, además la usucapio lucrativa se prohibió): supongamos que Ticio tiene por compra de buena fe que hizo a Sempronio la cosa de Seyo. La está usucapiendo: muere el propietario, que necesidad tendría Ticio de cambiar la causa de la posesión a que poseer como heredero si sabe que no lo es, es mas si hasta puede ignorar y por hipótesis lo ignora, que Sempronio era el dueño y que ha muerto? Para tales casos no se necesitaba la regla; en cambio si era menester para el supuesto del acreedor prendario: este en poder de la cosa, muerto el propietario, devenida cosa de nadie, podía pretender adquirir el dominio mediante el usus. Este sí como el depositario, el comodatario o el locatario, tendrían interés en cambiar la causa de la posesión, y de ahí la necesidad de que se sentara el referido principio. Cuando en la nota 1) al pie de página Savigny se refiere a la justa causa possessionis la restringe arbitrariamente a la adquisición del dominio. Thibaut tenía razón de dudar. No vemos porque el jurista romano limitara dicha causa a la derivada de la compra o de la venta, y no también a la de la prenda o el precario. Las restricciones las crea Savigny pero no aparecen en los textos del Corpus Iuris. Y todo en virtud de que el insigne maestro alemán que tuvo el mérito de referir la frase posesión civil el derecho civil no se dió cuenta que un instituto nacido del derecho de gentes no podía ubicarse de manera alguna en el antiguo derecho quiritario. La misma forma como el soslaya el problema de la praescriptio longi temporis es una prueba de la debilidad de su teoría. Para el ferviente partidario de la escuela histórica constituía un error imperdonable que no distinguiera en el concepto y evolución de la posesión, las etapas que el desarrollo histórico imponía.

Insistimos, la aparición de la frase posesión civil perteneces a época relativamente reciente, se acuñó cuando en la segunda fase de la institución se consideró al fenómeno como comprendido dentro de un concepto amplio del derecho civil, en virtud de la recepción que había experimentado el derecho de gentes dentro del ordenamiento jurídico de la comunidad, aún antes de que se produjera el reconocimien

to oficial de tal situación mediante el Edicto Perpetuo de Salvio - Juliano.

Tuvo entonces la posesión para los romanos tres distintos significados; por un lado, y en virtud de la evolución filosófica, se la consideró como la primitiva y primaria organización anterior a la propiedad y gérmen de la misma; cuando se elaboró una teoría que permitiera su tutela paralelamente al dominio que había ya aparecido dentro de la comunidad civil, y se la protegió con prescindencia de este, y en los casos que no cabía la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria por la legis actio por sacramentum, se buscó la forma de hallar también una tutela y la encontró el derecho pretoriano elaborando dos conceptos fundamentales: el corpus y el animus. Como el derecho honorario copiaba en lo posible al derecho civil, se comprende que en primer lugar se tuviera en consideración la situación de la cosa con respecto al detentador que en cierta medida imitara la posición del propietario del derecho civil. Pero como la tutela pretoriana se fundaba en la equidad, es lógico que no hubiera coincidencia entre las soluciones que se hallaran para la misma y la del dominus del derecho civil. Se construyó así la doctrina del animus; si bien coincide este al principio con la intención que con respecto a la cosa tenía el verdadero propietario, luego en virtud del mismo hecho real de que la propiedad y la posesión no tienen d en definitiva nada de común, se impondría la necesidad de extender la tutela a l otros casos, llevando la concepción del animus a supuestos como los del precarista o del acreedor prendario en que, por definición, faltaba el animus domini.

No nos explicamos como Savigny no comprendió el problema frente a un texto tan claro como el de Ulpiano en D. 41, 2, 10, 71, donde se remite a la opinión de Pomponio: este aventuraba una bella pero audaz hipótesis sosteniendo que el que había alquilado una cosa, podían aún regalarla en precario a condición de que no tuviera la posesión de la misma, sino que la tuviera en posesión. O sea que detentara el corpus pero no el animus, considerando que una cosa era poseer y otra muy distinta estar en posesión, asimilando a tal situación a la del legatario que pedía la posesión para conservar el legado o la del que -

la solicitaba para asegurarse del peligro del daño temido y no realizado aún; en tales casos se ponía en posesión por causa de garantía. Podría acaso decirse que el acreedor prendario se hallaba en análoga posesión, pero ello sería olvidar que aquel tenía la verdadera posesión, con los interdictos y hasta una acción real, la que derivaba de su derecho real reconocido por el pretor. La realidad era que el acreedor prendario no estaba en posesión, sino que tenía la posesión.

No nos explicamos como todavía Savigny conoce o recurre a D.-41, 2, 49, 71, texto de Papiniano, ya que precisamente el fragmento corrobora lo que hemos dicho, que la posesión natural o el estar en la posesión significaba solo el corpus, pero al mismo tiempo señalaba la ausencia del animus. El párrafo dice que los que están sujetos a ajeno derecho no tienen la posesión sino que se hallan en la posesión, porque la posesión no solo es del cuerpo sino que es civil. "Mas claro no podía resultar el texto: tener la detentación de la cosa es uno de los elementos de la posesión, el corpus, pero se requería que se integrara con el animus para que la misma fuera completa y diera lugar no ya a la posibilidad de usucapir, sin la tutela interdictal.

Si mi esclavo toma una cosa, ignorándolo y o no adquiere la posesión civil porque falta el animus mío; adquiría la posesión natural pero no la civil que se funda en una justa causa, de modo que si tiene el siervo un peculio prefecticio tendrá el dueño la posesión civil si el esclavo no solo detenta la cosa natural o corporalmente, sino también con el ánimo de que sea para su amo, pues lo que el esclavo detiene con justa causa se entiende que lo posee para el dueño: D. 41, 2, 49. De lo que resulta una vez mas que en la medida que el derecho reconociera al animus cabía la posibilidad de que existiera la posesión.

Nuestra interpretación se hallaba en contradicción con la de un gran jurisconsulto, y si no hemos atrevido a expresarla ha sido sin duda venciendo un gran escrúpulo. Jacobo Cuiacio, coloca al acreedor prendario entre los que poseen naturaliter e interpreta el fragmento de Paulo D. 24, 1, 26 pr. en la misma forma que lo hace Savigny: ver Libro XVIII de Observaciones y Enmiendas, Cap. 24, Opera Omnia, edic. de Prado cit. tit. 1, p. 817. Se funda para conceder al acreedor prenda

rio la posesión natural en el ya discutido fragmento de D. 10, 4, 3 y 15 y en D. 13, 7, 35 y 1. Es un texto de Florentino: nosotros no comprendemos como Cuiacio ha podido citar ese texto en apoyo de su teoría; que es lo que el mismo dice? : Señala que el deudor conservando la propiedad de la prenda transfiere la posesión, de modo que puede el mismo dominus recibir la cosa en precario o como locatario. Si se ha transferido la posesión, si el mismo dueño puede recibir la cosa propia en condición de precarista o de locatario, algo ha pasado con la transferencia de la posesión que el mismo Cuiacio admite, de modo que no es lógico colocarlo en la misma situación que el usufructuario, el comodatario o el locatario. El mismo admite que se produjo la transmisión de la posesión y sin embargo reconoce que en tal supuesto el acreedor prendario es poseedor natural. Si los textos le dieran la razón no vacilaríamos en seguirlo, pero es que no se la dan. D. 10, 4, 3 y 15 no puede entenderse como él lo hace y mucho menos D. 13, 7, 35, 71 donde expresamente Florentino reconoce que el propietario transfiere la posesión, y que puede llegar a ser locatario o precarista de su propia cosa.

Insistimos para los romanos la posesión civil fue la tutelada por los interdictos; si a su vez se hallaba protegida por acciones mejor Todo el quid del problema radicaba en la amplia acepción que los juristas clásicos le daban a la idea del derecho civil; influenciado el viejo derecho quiritario por las nuevas concepciones del derecho de gentes, había terminado en la época de cicerón por confundirse este con el primero, aún antes de que se produjera la recepción oficial a través del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano. Leyendo el mencionado capítulo de Cuiacio se explica uno como llegó Savigny a la concepción del animus domini, pues aquel no es sino la reiteración de la idea que este último desarrolló. Pero confunde los casos del usufructuario, del locatario, del comodatario, con el del acreedor prendario sin advertir que entre ellos había una diferencia importante, y sin considerar que la mera posesión natural solo consistía en el corpus y que el "animus" era un elemento que dependía esencialmente, no tanto de la intención del sujeto, como de la norma del derecho objetivo.

La teoría de Savigny al respecto reproduce otras anteriores . Ya decía Pothier, Pandectas, en latín, lib. 41, t. 2: "Es celeberrima la división de la posesión en civil y natural. " y añade: la posesión civil se define por Teofilo como la detentación con ánimo de dominante" Pero no está acertado cuando da como ejemplo de posesión natural la del acreedor prendario citando a D. 41, 2, 37, Marciano, pues precisamente el jurista dice que aquel tiene la posesión y si da la cosa al que constituyó la prenda e hipoteca a título de locación - constinúa poseyendo por intermedio del mismo propietario. "Tampoco puede traerse como ejemplo el caso del precario pues en ningún momento en D. 43, 26, se utiliza la expresión posesión natural con respecto al precarista, antes bien se dice siempre que posee, que tiene la posesión. De quienes se dice que tienen la posesión natural es del locatario, del comodatario, del usufructuario, etc. en todos los casos hace referencia al corpus pues en talés supuestos esas personas no pueden tener un animus propio. Distinto es el caso del acreedor prendario o del precarista: estos tienen un animus propio y poseen, y solo teniendo en cuenta que a la vez son servidores de la posesión ajena a los efectos de la usucapión podría sostenerse que en este último aspecto tenían la posesión natural, o sea solo el corpus que se integraba con el animus del que había dado la cosa en prenda o del que la había dado en precario. Pero se comprende fácilmente que este es un aspecto parcial del problema pues quedaba el otro: el hecho de que el acreedor prendario o el precarista a su vez tenían un animus propio sobre la cosa reconocido por el derecho, de ahí que los romanos no pudieran considerarlos poseedores naturales.

265o.) La regla: nadie puede por si mismo cambiar la causa de su posesión. Otras cuestiones.- El principio lo enuncia Paulo en D. 41, 2, 3 y 19. Juliano en D. 41, 5, 2, 71 dice que lo que vulgarmente se responde que nadie puede cambiar para si la causa de su posesión, así ha de entenderse, que comprenda tanto la posesión civil como la natural. Y por ello, añade, se ha respondido, que ni el colono, ni aquel ante el cual se depositó la cosa, o al cual se dió en comodato, puede usucapir por causa lucrativa "pro herede".

En el 72 de ese texto señala que conforme a Servio el hijo de familia no puede usucapir pro herede la cosa que le donó el pater; ya que consideraba que viviendo este el hijo tenía la posesión natural. Y como consecuencia de ello el hijo instituido heredero por el padre, no podía usucapir la parte del coheredero en las cosas que aquel le hubiera donado.

C. 7, 32, 5: Diocleciano y Maximiano: Como nadie puede cambiar para sí la causa de su posesión, y propone que el colono, sin que accediera ninguna causa extrínseca, con ocasión del cultivo cayó en el vicio de inicua venta: el gobernador de la provincia, averiguada la verdad, no permitirá que se conculque el derecho de tu dominio".

Dice Paulo en D. 41, 3, 31, 74: si alguno que poseyera vim, clam aut precario, después enloqueciera, la posesión y la causa misma perdura por la que el furioso la tiene en precario. De ese modo podremos ejercitar en nombre del furioso el interdicto Uti possidetis; en nombre de la posesión que antes de la locura por sí, o después del furor por medio de otro se ha obtenido".

La regla no significa, desde luego, que no se pueda cambiar la causa de la posesión mediante un hecho posterior subsiguiente reconocido por la ley, de modo que si Ticio a sabiendas posee una cosa ajena por su sola voluntad no puede cambiar el origen de su posesión y hacerla apta para usucapir. Pero si en cambio volviera a comprarla al dueño comenzaría, en caso de que no se le hubiera transferido el dominio, a poseer como comprador, en cuyo caso no se considera que ha cambiado por sí la causa de la possessio. Lo mismo ocurriría si hubiera sido instituído heredero por el propietario o obtuviera la Bonorum Possessio del mismo; es más, si creyendo de buena fe que el causante era el dueño de la misma, la podría poseer pro heredo, en cuyo caso no se considera que ha cambiado la causa de la posesión. E igual cosa ocurre con el poseedor natural como el colono, que ñhubiera comprado la cosa al que de buena fe creía heredero o bonorum possessor del dueño: Juliano: D. 41, 3, 3, 71.

Corroborando loque antecede enseña Paulo que si la cosa que tuviera en depósito o comodato me hubiera sido vendida o donada, no-

ha de considerarse que yo cambiara por mí mismo la causa de la posesión, pues ni siquiera poseía: D. 41, 2, 3 y 20. Marcelo observaba la regla que se aplicaba al que por sí solo modificaba la causa en virtud de la cual animo et corpore detentaba la cosa, pero no al caso de que dimitida la primera causa de la posesión, se volviera a poseer la cosa de nuevo por otra causa. D. 41, 2, 19, 71.

Del mismo modo y por el contrario lo que posee a nombre propio puede empezar a detentarlo en nombre ajeno. Y por ello no cambió la causa de la posesión sino que dejo de poseer y me convierto en instrumento de la posesión de otro. Ya que no es lo mismo poseer y en nombre de otro poseer. Pues posee aquel en cuyo nombre se posee: el procurador de la ajena posesión le presta su ministerio. D. 41, 2, 18, Celso.

Si alguien de buena fe comprara un fundo ajeno y luego lo tomara en locación del verdadero propietario deja de poseerlo: Marcelo, D. 41, 2, 19. De igual modo si uno pidió en precario una cosa ajena, y luego la rogó en precario del propietario, deja de poseer: Javoleno, D. 41, 2, 21, 73.

Si poseo alguna cosa y luego la tomo en locación, he de perder la posesión? Interesa en tal caso saber si yo sabía o si ignoraba que poseía, y si tomara en locación mi cosa o una cosa ajena, aún sabiendo que era mía, importa determinar si la consideraba mía por derecho de propiedad, o solo como posesión. Y aunque si tu la cosa mía poseyeras y te comprara a tí la posesión o la estipulara: se tratará de una compra o de una estipulación útil. Y subsigue que en tales casos sean válidos el precario y la locación, si de modo especial interviniera el ánimo de locar la posesión o de rogarla en precario". Tertuliano, D. 41, 2, 28.

El origen de la regla, como lo señala Savigny, op. cit. p. 60 y ss. se debe a la usucapio lucrativa pro herede y a la usureceptio a las que se refiere Gario en sus Instituciones, Lib. II, 52-61. Por la primera cualquiera a la muerte del difunto podía, sin tfiulo alguno, adquirir los bienes de la herencia mediante una usucapio que operaba al año aunque se tratara de inmuebles. De ese modo los que estaban en mejor situación para la referida adquisición eran los que por cualquier título,

detentaban la cosa del causante, fuera en calidad de poseedores o bien de simples tenedores. El emperador Adriano dispuso que en tales casos pudiera abstenerse la revocación de la usucapión y frente al heredero necesario se determinó que dicha adquisición de mala fe fuera anulada ipso iure. Con estas soluciones se atenuó mucho la eficacia práctica de la regla.

Había otra posibilidad de usucapir de mala fe una cosa: era la usureceptio que consistía en que cuando el propietario de la misma la había transferido a un tercero para constituir sobre ella una prenda o le transmitiera la propiedad con la cláusula de fiducia, de que se la restituyera, luego por ejemplo, de que le hubiera pagado lo que le debía, si volvía a recuperar la posesión de la misma podía usucapirla; pero en virtud de dicha regla se estableció que si había recibido la cosa en precario o en locación no podría, antes de pagar la deuda, usucapir la misma. Una variante de la ususreceptio la hallamos cuando el populus vendía una cosa del deudor obligada al pago de algún impuesto o contribución; si volvía a manos del dueño podía usucapirla aunque supiera que ya no era suya, en el plazo de dos años.

Pero Savigny no tiene derecho a incluir dentro de D. 41, 5, 2, 71 al poseedor prendario como poseedor natural, ya que precisamente si se tiene la posesión ad usucapionem, para lo cual se requería la buena fe, que tendría en tal caso que hacer la regla de que nadie puede por si cambiar la causa de aquella? Si no se le puede aplicar al que posee con aptitud para usucapir, nos preguntamos a quienes otros se referirá Juliano en el fragmento mencionado, sino es el acreedor prendario o el precarista? Nunca hallamos en las fuentes que se califique la posesión de estos como posesión natural, en cambio siempre hallamos la misma con relación al locatario, al comodatario, así como su equivalente: D. 41, 2, 10, 71.

También quiere hallar Savigny similitud entre el acreedor prendario y el precarista por un lado y los que eran puestos por el pretor en posesión a los fines de cautelar algún derecho, señalando que en ambos casos se habla de una justa posesión, y que en tal supuesto se emplea la expresión "justa" en el sentido de que corresponde a algún derecho,

y no como vinculada al derecho civil. La semejanza no nos parece exacta: en D.6,2,13,71, se llaman justas las posesiones del acreedor prendario y del precarista, mientras que en D.10,3,7,78 no se habla de justa posesión, sino de justa causa de poseer por gracia de custodia. Con bastante ligereza le pasa aquí Savigny sin tener en cuenta la diferencia del lenguaje empleado y efectúa la asimilación antedicha. No negamos que la justa posesión se refiere al derecho en virtud del cuál se la tiene, pero señalamos una vez más la distinción que, aún a este respecto, se mantiene entre el acreedor prendario y el precarista por un lado, y los tenedores por el otro. Y la prueba se halla cabalmente en D.41,2,-3,723. Y no era tan criticable la opinión de Madera cuando consideraba justa a toda posesión porque derivaba del jus tentium, aunque lo hiciera fundado en el calificativo de justo que se da al pacto en D.46,3 95,74: la crítica de Savigny, op.cit.p.81, nota 5 es sin duda exagerada: el origen de la posesión no ha podido estar sino en el derecho de gentes.

La idea de la posesión es un fenómeno propio del momento en que prevaleció sobre la antigua organización militar y feudal la economía del intercambio. Hasta entonces la propiedad romana carecía de contenido positivo y pecuniario: constituía un trasunto del fundamento político y religoso de la comunidad. De ahí que el dominio no puede concebirse como derivado del Estado; constituye un señorío fundado en el poder de la familia y sólo admite ciertas y formales causas de adquisición y transmisión. El simple poder de hecho sobre la cosa, la posibilidad de utilizarla como instrumento y cambio es el resultado de la evolución ulterior que experimentó la comunidad a través del tránsito de la economía deudal a la economía liberal.

Cuando se consolidó el Estado y se consideró que el ager publicus, la tierra conquistada al enemigo y no distribuída conforme a las primitivas formas de la organización feudal entre los componentes de los clanes, formaba parte de la misma comunidad y cuando por la presión de las nuevas ideas económicas se lo dejó en manos de los particulares para que lo hicieran servir no ya a la finalidad religiosa y militar que antaño se daba a la tierra, sino a las nuevas orientaciones que-

el intercambio ultramarino imponía, se perfilaría una nueva situación, y sería necesario acuñar una nueva expresión que sirviera para denominar al flamante fenómeno. No era la propiedad porque por definición no podía serlo, pero sí en cambio tenía un profundo sentido para toda la economía y debía hallarse la manera de tutelarla a riesgo de que si se fracasaba en dicho objetivo, se perderían los más preciados frutos que el comercio se prometía de la incorporación de los fundos a las corrientes del tráfico nacional e internacional.

Llegaron las conquistas fuera de Italia y los romanos se apoderaron de las tierras de los vencidos; hacía tiempo ya que el capitalismo demeñaba la economía y por ello se volcó sobre las riquezas logradas con avidez incontenible. Por un lado se quiso evitar un despojo total de los propietarios de las mismas, y por otro se trató de incorporarlas al patrimonio nacional. Se halló la solución equiparándolas al ager publicus; se las dejó en manos de sus primitivos dueños aunque jurídicamente se las consideró propiedad del pueblo romano, y se pretexto de ello se las sometió a contribución.

Para el viejo romano el vencido no puede ser señor de su tierra, pero para el industrial o el comerciante lo es el que puede hacerlo producir los frutos destinados al intercambio. De ahí que mientras la economía desarrollaba una nueva idea de la propiedad, al margen del riguroso y formal concepto que esta entrañaba para el antiguo orden, se distinguía entre propiedad y posesión. Y cuando las modernas ideas impuestas por la evolución del creciente cúmulo de los capitales terminaran por imponerse se haría de la posesión un sinónimo de la propiedad; de ahí la equiparación que se hace en D.50, 16, 78: ver nota de Savigny en op. cit. p.83, nota 1.

A la organización gentilicia interesaba que el dominio, el señorío violado se reparara por medios solemnes y violentos, o que simulaban una lucha caballeresca: de ahí la manus consertio de la legis actio per sacramentum. A la economía en cambio importaba una rápida solución que pusiera fin, pronta y eficazmente, a cualquier turbación del orden establecido del cuál dependía fundamentalmente el progreso y la seguridad del intercambio. De ahí la tutela interdictal, de ahí que terminara

por admitirse que la posesión, dados ciertos supuestos, pudiera llegar a la propiedad: primera brecha: la usucapión, del riguroso mecanismo primitivo, y de ahí que terminara, mediante la obra del magistrado, de admitirse las situaciones económicas paralelas al dominio como propias y de un efecto similar, aunque no igual, a la propiedad.

Pero el comercio hace sus concesiones a la moral, no por esta en sí sino en su propio interés; hay ciertos casos que no pueden gozar de protección: 1o) si se ha obtenido el poder económico sobre la cosa mediante violencia o clandestinidad, no ha de reconocerse; 2o) si deriva de alguna situación que no merece, conforme a las ideas de la época, el calificativo de poder económico, en virtud de la subordinación que ostenta el que lo ejerce con respecto a otra persona, tampoco vale la pena tutelarlo.

Cuando la economía es la que juzga se aparta de los formalismos y sólo admite la tutela en función del papel que la cosa está destinada a desempeñar en la producción y el intercambio. Si bien al principio se desenvolvió tímidamente frente a las situaciones amparadas por el derecho quiritario, la progresiva influencia que como factor fué adquiriendo obscureció paulatinamente el rol que aquél desempeñaba. Por lo pronto un importante núcleo de relaciones, como ya hemos visto, quedó bajo la tutela de los remedios ordinarios que la importancia del desenvolvimiento económico de la comunidad imponía. Lo cierto era que la circunstancia de que la mayor parte de la tierra no estuviera asignada en propiedad quiritaria a los ciudadanos, y correspondiera en principio al Estado, influyó de manera decisiva para que ese importante elemento de producción escapara a la rigidez del derecho quiritario al que sólo estaría sometido el haeredium. Esta importante circunstancia que al comienzo no tendría mayor trascendencia, con el tiempo la tendría porque facilitaría el acceso a la tierra, a los extranjeros que la someterían al nuevo concepto de la economía, considerándola no ya como una función accesoria de la familia, sino como un elemento que estaba destinado a completarse, a integrarse con el intercambio internacional. Asimismo el hecho de que los aperos de labranza y los esclavos sólo cayeran dentro del rígido concepto establecido por el formalismo quirita-

rio impregnado de elementos religiosos, permitiría que las otras cosas - pronto ingresaran también al cauce del desenvolmiento económico. Cuando Roma se extendió por medio de sus conquistas ultramarinas, ya estaría lo suficientemente afianzada la nueva regulación impuesta por la economía capitalista como para extender sus ideas normativas a las situaciones que se presentaban por primera vez, y en lugar de incluirlas dentro de las antiguas categorías se las refiriría a las vías elegidas por la práctica y estas eran los interdictos.

El concepto económico de la propiedad se fué así eleborando en dicha esfera y se buscaría un término adecuado para designar la referida situación, y se hallaría en la palabra posesión, cuyo primer efecto no había sido precisamente el de hallarse tutelada por el derecho civil ni tampoco el de estar amparada mediante acciones, sino en por interdictos.

La continua y creciente influencia de las vías extraordinarias crearon el Ius Gentium al que ya en la época de Cicerón se confundía con el mismo derecho civil; una acepción lata de este involucraba en su seno las instituciones paralelas del derecho honorario que luego definalizada la primera guerra púnica comenzó a desarrollarse ante el - tribunal del preter peregrino. Aparecieron así al lado del dominio quiritario, el in bonis habere, signo indudable del paulatino pero creciente influjo que la economía del capital tenía.

La vieja prenda (pignus) constituye un substitutivo del rehén personal; al principio para garantizar el cumplimiento de la palabra empeñada era menester que alguien, un tercero vinculado al deudor, se ofreciera como garantía para que sobre su cuerpo se pudiera ejercitar la venganza en el caso del incumplimiento. La obligación era algo negativo; se amenazaba con destruir para compeler psicológicamente al deudor a cumplir. Nó era un vínculo económico sino una venganza potencial que podía desatarse en caso de que se faltara a la fe prestada: imperaban los concepto del feudalismo y no era por tanto de extrañar - que, conforme a los sentimientos de la época, se concibiera el poder de agresión del acreedor como un mal físico causado al que estaba sometido a su poder. Tanto era así que el deudor pagando liberaba al obliga-

do.Ese se ve con claridad cuando surgió a través del nexum y luego de la spensio la posibilidad de que fuera el mismo deudor el obligado, - pues en el caso de no pagar se convertía en "addictus" directamente- en el primer supuesto o bien a través de la manus injectio, en el segun do.

Cuando se entrevió la posibilidad de substituir la responsabili dad personal por la garantía real y apareció la prenda(pignus)se conci bió a esta de igual modo que se había concebido a la obligación al - punto que se llama a aquélla también "obligattie" en las fuentes.Con cebida entonces la prenda como un poder de sujeción que tenía el a- creedor sobre la cosa, resultaba imposible concebir que pudiera tener- sobre la misma el que la había constituído la posesión.Desde el punto de vista económico la vieja idea de que sobre la cosa, al igual que so bre la persona, pudiera ejercitarse una facultad negativa, de destrucción resultaba una evidente pérdida para la colectividad.Pero el apego a - las primitivas fórmas impediría que pudiera subsanarse tal obstáculo - que las mismas creaban, sobre todo si se considera que la inmoviliza - ción económica de la cosa en manos del acreedor, imposibilitaba a su vez la utilización de la misma por el que la había dado en prenda. - Pronto se obvió la dificultad a través de una solución aceptable que - permitiera conciliar los viejos prejuicios con las nuevas exigencias - que la comunidad sentía, y de ese modo se admitió que el acreedor - prendario pudiera retener en la forma de precario o de locación al ti- tular de la cosa, la posesión económica de la misma.En aras de la primi tiva concepción se excluyó que pudiera en tales casos el precarista o locatario poseer la cosa, y se le consideró como servidor de la posesión ajena.Pero al mismo tiempo se producía este nuevo problema:la circuns tancia de que el acreedor prendario no pudiera hacer servir la cosa pa ra fin económico alguno determinaba que tampoco pudiera usucapirla. La usucapión fué el primero y el más resonante triunfo que la economía liberal impuso al orden quiritario.Era menester en consecuencia hallar una fórmula que permitiera superar la dificultad que se presentaba, y se la encontró mediante la importante consideración de que si bien el po- seedor era el acreedor prendario, este podía al mismo tiempo servir al- que le había entregado la cosa en garantía como servidor, en lo que ha

cía a la adquisición de la misma, de la posesión ajena.

La economía no se rige por principios rígidos, es flexible, admite cuanta solución por heterogénea que parezca, se concilie con la realización del fin que persigue. Sin duda que ello no ha de ocurrir sin resistencias, y es en virtud de estas que aparecen entonces híbridas combinaciones que luego causarán el estupor de los investigadores, pero cuya trascendencia no puede llegar a la completa alteración de la verdad

Producida la evolución que introdujo el flamante principio económico se vería la necesidad de hacer distingos: no basta que el hombre tenga sobre la cosa el poder económico, hay que hacer concesiones a la idea moral, de ahí que se comenzara a distinguir si dicho poder obedecía o no a una justa causa, y luego que se tuviera en cuenta también si el mismo se ejercía a nombre propio o en función de otro. En esto como en tantas otras cosas las soluciones no pudieron ser completamente radicales, y se buscaría sin duda no lesionar en lo posible el antiguo orden, de ahí que hubiera que buscar caminos transaccionales, con lo cuál la moderna idea perdería brillo y se obscurecería. Primero hubo que contemplar la circunstancia de que el dominio quiritario era un verdadero señorío y que como tal comportaba la común idea de que era más una manifestación del poder viril y guerrero sobre las cosas del mundo externo que una exteriorización de la posibilidad de hacer producir a la misma frutos para el intercambio. Se hallaría entonces congruente considerar que el mero inquilino, el comodatario, el que detenta la cosa por razones de salvaguardia, ni aún desde el punto de vista de la nueva economía, impedían incluirse en el paragón de los señores. Tal resabio determinaría que se los excluyera de toda tutela, no tanto por razón de los antedichos principios, sino fundamentalmente porque estaría siempre el titular de la posesión presente para hacer valer su situación frente a las posibles violaciones que de ella pudieran producirse.

Sin duda que no resultaría tan clara la forma de resolver la cuestión frente al precarista, al enfiteuta, al secuestratario o al acreedor prendario, pero de todos modos se hallaría la manera de obviar tales problemas de la manera más práctica posible. Pero ello dejó sus importantes secuelas y contradicciones en las fuentes.

La situación del precarista debe corresponder a los más remotos tiempos, a aquéllos en que todavía no se conocía ni la locatio conductio ni el comodate. Si un ciudadano o un extranjero solicitaban a un paterfamilias la ocupación de una parte del ager publicus que ocupaba, a título gratuito, y aquel se la concedía se produciría de hecho una verdadera desposesión, y como no cabía siquiera la posibilidad de la tutela del derecho civil, no habría otro remedio que recurrir a la tutela extra ordinem del magistrado, o sea al recurso interdictal.

En tiempos que no se conocían ni la actio ex locate ni tampoco por consiguiente la acción de comodate, no cabría otra salida que la que el interdicto ofrecía. En una época primitiva no sería concebible la relativa sutileza de que se puede detentar la cosa por un lado y admitir al mismo tiempo que el señorío de hecho de la misma pertenece a otro. Después de todo la intruducción del contrato consensual de la locatie conductio y del real, el comodate y sobre todo la de este son mucho más recientes.

En contra de lo que Savigny enseña la noción de la posesión justa por contraposición a la injusta tuvo señalada importancia en el desenvolvimiento de la institución. El hecho que se distinguiera en un determinado momento; 1o entre el título del derecho de gentes que consolidaba la situación ante el bien de manera definitiva para el derecho honorario; 2o y la que sólo acordaba al titular la posibilidad de usucapir o de adquirir mediante la praescriptie lengi temporis, 3o o la que solamente se limitaba a una mera detentación fundada en la violencia, la clandestinidad y el precario, constituye valioso indicio de que se había comenzado a reflexionar en términos jurídicos sobre la posesión, y de que esta se había jerarquizado pasando de un mero hecho a ocupar lamente de los juristas en virtud de la creciente influencia que la economía ejercía.

La concepción de la justa posesión tuvo entonces una influencia preponderante en la admisión de la misma dentro de los rígidos cuadros del derecho civil, preparando no sólo la reforma legislativa a través del reconocimiento de que en ciertos casos pudiera originar el domi

nio, sino de que por sí misma la posesión en virtud de ciertas causas pudiera recibir la tutela de la acción. Y para los supuestos en que no sediera el título y la buena fé, se mantendría todavía la tutela aunque atenuada en cierta forma, mediante la concesión de los interdictos, primitiva protección de la posesión, sin reparar en la existencia de que mediara o no el consabido justo título, pero se exigiría, desde luego, que no mediara violencia, clandestinidad o precario.

La fuerza de por sí es mal mirada por el comercio, una sociedad relativamente estabilizada trata de encauzar las primitivas reacciones del individuo, evitando que la misma pueda exteriorizarse en pugnas que sólo logran, mediante el consiguiente desórden, provocar un serio daño a la economía. La misma clandestinidad no resulta una prueba suficiente de que el que detenta la cosa pueda ser tenido a la vista de todos (palam) como titular del poder económico que la posesión supone. Y la situación del precarista era todavía un tributo que se continuaba pagando a las antiguas creencias.

Si las añejas ideas relativas a la posesión no hubieran persistido a través de los tiempos no hubiera existido el precario y no se hubiera mantenido el viejo concepto de la prenda, frente a las relativamente recientes realizaciones de la locación y el comodate, pero como subsistieron se explica que aparezcan como extraños elementos y hayan originados las dudas y dificultades que los romanistas en torno a ellas han encontrado. Son situaciones anómalas y resulta imposible ubicarlas dentro de lo que Savigny denomina posesión natural: esta expresión sólo tiene un único y claro significado, es la detentación corporal de la cosa por oposición al animus, y por más esfuerzos que se intenten resultará imposible probar que el precarista o el acreedor prendario que tenían con respecto al bien un animus propio, puedan incluirse en la categoría de los que tienen la cosa físicamente mientras otro es el titular de la intención.

La extensión que el magistrado diera a la posesión corporal justifica que se hallaran otras causas subordinadas siempre a la idea de que un tercero era en realidad el titular del señorío económico y de hecho que la institución suponía. Pero ni el acreedor prendario ni el precarista

ni el enfiteuta o secuestratario en tales casos podían asimilarse a esas situaciones por cuanto ellos realmente poseían. No sólo detentaban el corpus sino que el ordenamiento había terminado por conocerles un animus apto para conciliar en sus personas los dos elementos fundamentales de la posesión.

Luego no es exacto que la teoría de la justa causa, o la de la propiedad bonitaria, así como la de los frutos no hayan tenido una relación directa o inmediata con la posesión al punto que se las pudiera considerar involucrada en los efectos de esta. Limitar la institución a la usucapión y a los interdictos es fragmentarla dejando de lado un desenvolvimiento que halla su razón de ser en la constante evolución del principio de la economía capitalista.

La adquisición de los frutos no puede tener otra razón de ser que la ordenada administración de la cosa; en la medida que se goza de esta en forma pacífica, continuada y pública, es factible que la comunidad atribuya a su titular, al productor, la pertenencia de los mismos. Ya Justiniano en I.2, 1, 735 atribuye el dominio de los frutos, cultivo y al cuidado, todo lo cuál supone sin duda la posesión no violenta, pública, continuada y pacífica. Esto es, la justa causa aunque no se tenga en realidad el dominio.

Todo cuanto antecede pone de manifiesto que la idea de la posesión viril sufrió continuas y sucesivas transformaciones: del mero poder de hecho sobre la cosa a título exclusivo basado en la misma fuerza del individuo, pasó a ser la situación económica no tutelada por el derecho civil, luego se convirtió en un elemento para poder jerarquizarse y transformase en dominio a través de la usupación, pudiendo en el interin de que tal hecho se produjera tutelarse mediante una acción creada por el Pretor, la actio Publiciana in rem, siempre que se dieran los requisitos de la justa causa y la buena fé. Posteriormente y con el desarrollo que adquirió el derecho de gentes, se admitió que ciertas causas previstas por este aunque al margen de la regulación quiritaria, pudieran servir para acordarle a las mismas la acción reivindicatoria. Y para aquélla que ni podían conducir a la propiedad del derecho civil, ni las que estuvieran en vías de lograr tal resultado se terminaría por a

cordar, dentro de ciertos supuestos, también una tutela que era la de los antiguos interdictos, quedando al márgen, y ello en virtud de resabios y prejuicios históricos, situaciones que de por sí no bastaban a configurar una causa susceptible de ser amparada.

Con estos distingos resultó ya obscura e imprecisa la simple palabra posesión, aunque a veces resultara bastante para indicar una situación determinada, como en el caso del acreedor prendario o en el del precarista. Pero aún así no era suficiente vocablo y se comprende que se buscaran aditamentos para diferenciar tales supuestos de aquéllos en que se trataba de una simple detentación corporal de la cosa o de los que servían también para la adquisición del dominio o para la tutela de la acción Publiciana in rem.

Pero nada autoriza a sostener como lo hace Savigny que se asimilara en la época clásica al acreedor prendario o al precarista al caso del locatario, del comodatario o de los que tenían la cosa por razones de cautela.

Se concluye que una consideración abstracta y absoluta del problema sólo puede conducir a errores. Sino se tiene en cuenta el desenvolvimiento histórico de la comunidad dónde la posesión nació, creció y alcanzó exagerados desarrollos, difícilmente se podrá captar en toda su integridad y en su completo significado tan singular fenómeno. Para nosotros en la posesión vemos una etapa de la lucha entre el principio feudal y el principio del liberalismo económico que constituyó en definitiva la grandeza de Roma. El pasaje de una economía cercada, de tipo familiar, religioso y militar a una organización abierta que se funda en el intercambio y coloca el eje de todo en las cosas en función del comercio y de la industria, desplazándolo así del antiguo centro gentilicio, no puede sino dejar importantes trazas no sólo en la faz política y social, sino también en la esfera del derecho de los bienes. Dice Ihering la posesión, versión española de Adolfo Posadax, Madrid 1926 p.30: "Las teorías relativas investigan el fundamento de su protección no en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños a ella; no es protegida sino para dar a otros la plenitud de su derecho, por sí misma la posesión no puede concebirse". En cambio, agre

ga el autor, las teorías absolutas buscan dicha tutela en la posesión en sí, sea a través de la voluntad humana o en su necesidad económica.- Y dice refiriéndose a estas últimas: "La posesión es tan económicamente necesaria como la propiedad; ambas no son sino formas jurídicas bajo las cuales se realiza el destino económico de las cosas para satisfacer las necesidades de la humanidad". Las teorías absolutas que fincan la tutela en la voluntad darían preponderancia al elemento ético, las segundas al aspecto económico. Teorías absolutas y relativas, éticas y económicas, todas tienen su parte de verdad, depende de la época que se tome en cuenta. Al principio fué el hecho brutal de la simple detentación basada en la fuerza del individuo, luego apareció la propiedad o sea la posesión revestida con atributos religiosos y místicos, y si para los casos que quedaban excluídos del dominio se procuraría encontrar una solución, no sería precisamente en consideraciones puramente éticas, sino también en fundamentales necesidades de la economía que se impondría la protección. Con la subsiguiente evolución aparecerían las ideas de que nadie debe hacerse justicia por mano propia, o de que la perturbación del orden de hecho constituye un atentado, de por sí, contra el orden jurídico, o de que nadie puede vencer a otro sino tiene causa legal para ello, o bien en razones de probidad que permiten presumir que el que posee tiene derecho a ello, mientras no se prueba en juicio lo contrario, o bien de que con la posesión se protege la propiedad como propiedad probable, como propiedad que empieza, o como complemento de la tutela del dominio. Son todos aspectos parciales de un mismo fenómeno, lo que importa no es minimizar la cuestión y reducirla a una de sus facetas, sino contemplarla como un conjunto, y ello sólo puede hacerse a través de la evolución histórica que la institución experimentó en el decurso de los siglos.

Todas, en su medida, tienen razón: la posesión es la expresión de la voluntad en su encarnación real: es cierto pero cabe preguntarse- cuál es el sentido de dicha voluntad? Que sirve como la propiedad para la satisfacción de las necesidades del género humano, muy bien, pero en todo caso nos hallamos siempre dentro de los mismos criterios limitados: la posesión fué todo eso y algo más porque, no fué solamente un re-

medio de la propiedad o de la voluntad objetivizada del individuo, sino que constituyó en ciertos casos una adaptación de las antiguas formas - de la comunidad militar y religiosas, justificando así ciertas formas anómalas como la prenda y el precario. Si se considera la posesión en el - viejo sentido que tenía antes de que se conociera la propiedad, se tratará de asimilarla a esta, sea en su faz política y militar, o bien en su trascendencia económica. Si en cambio se la mira desde el punto de vista - de la evolución de una economía feudal y cerrada a una más amplia de mercados nacionales y ultramarinos, se comprenderá que la misma, como- en otros muchos aspectos del viejo derecho romano, no fué otra cosa que una etapa y un recurso para la solución que exigían las lagunas que el derecho quiritario presentaba ante las nuevas y exigentes necesidades- que el progreso presentaba.

De ese modo la posesión fué antes que nada un fenómeno económico y social; hallamos otras situaciones parecidas a la misma en el derecho; en el campo de las fuentes de producción nos encontramos con la costumbre, en el contractual, con el negocio jurídico, y en materia de - bienes con la posesión. En esta un hecho que el ordenamiento jurídico se limita a recoger, es creada por la espontánea relación de los componentes del grupo inspirada en las ideas del intercambio. La posesión es siempre una realidad económica, crematística en una etapa un poco desarrollada de la colectividad que la reconoce. La lógica estabilidad que exigen las realizaciones de la industria y el comercio terminan por crear una - regulación especial cuando por razones religiosas e históricas se suelen hallar ciertas situaciones al márgen del amparo del orden jurídico.

Pero de ahí a creer que ha de limitarse el concepto y el alcance de la posesión a un remodo de la propiedad dista una gran distancia. No sólo interesa la situación pasiva que el dominio supone, no sólo importa la permanencia del sujeto con la cosa, no sólo se impone que no se - turbe por lo menos de manera intempestiva y prima facie arbitraria la - misma, sino que también se sintió la necesidad de tutelar otros vínculos- que igualmente se encontraban huérfanos de la tutela jurídica. Quiere un extranjero prometer al ciudadano algo conforme al derecho de gentes, o este a aquél, o un peregrino a otro peregrino, y antes de que se conocie-

ra la Benerum Venditie, como podría ello resultar posible si las vías - del derecho obligacional se hallaban reducidas a fórmulas determinadas y sacramentales, fuera de las cuáles no era siquiera posible concebir la posibilidad de imponer a otro la necesidad de verse constreñido a cumplir una prestación? Para el derecho de gentes no existe la posibilidad de crear la sujeción personal que la obligación supone, luego no queda otro camino que imitar: acaso sea factible substituir el rehén humano por el rehén económico? Qué, si en lugar de dar al acreedor una persona se le entrega una cosa? Y bien, admitido ello, concediendo que fuera posible, cómo concebir esa realidad en un mundo que giraba, jurídicamente, sólo entre dos extremos: el dominio y la obligación? No era dominio ni siquiera podía concebirse a semejanza de este y tampoco era obligatio, pero podía considerarse como posesión. Era sin duda una exteriorización de la voluntad, menos intensa que cuando se tenía la cosa para sacarle exclusivo provecho y menos intensa que cuando se la tenía en condición de propietario, pero como ocurría con la obligación, el acreedor prendario tenía latente un derecho de disposición y - destrucción sobre la misma, como aquél lo tenía sobre la persona del - "addictus" que se confundía de hecho o de derecho, con el carácter mismo de la propiedad. Y así fué en los primeros tiempos. Pero cuando el fenómeno económico empezó a gravitar, cuando se dejaron a un lado en cierta medida las viejas ideas y se perfilaron las modernas que daban a la propiedad y a la obligación un contenido positivo mirando más hacía el interés del individuo en función del rol que le tocaba desempeñar en el comercio nacional e internacional, que al que le cabía en relación - con la familia o el clan, tales situaciones se considerarían desde otro - punto de vista y por sobre la exteriorización de la voluntad, se consideraría en primer lugar el papel que la economía destinaba a las cosas.

No es de extrañar que la idea de voluntad y señorío se mantuvieran durante siglos, porque que es la obligación sino en definitiva el conducto necesario por el que se llega a la propiedad? La negativa propiedad de antaño autorizaba al dominus a destruirla, e igual cosa ocurría con el acreedor con respecto a la persona del deudor. Las caricaturas de esas instituciones del derecho civil, generadas por la práctica y -

la economía tuvieron una función similar. Se veía así tanto en el que poseía por una causa del derecho de gentes, como en el que tenía una prenda sobre la cosa, un remodo del señorío militar y religioso de los quirites.

Pero cuando lo económico prevaleció, y se dió a las instituciones un fuerte contenido crematístico, cuando se consideró como más importante el interés del sujeto que la idea de poder viril y de venganza entonces que sucesió? Se transformó el antiguo poder de destrucción en poder de enajenar, y tanto tuvieron esa facultad el dueño conforme al derecho civil o el dueño para el derecho de gentes o el acreedor prendario. En más, la prenda era una innovación surgida al calor de la antigua transmisión de la propiedad con el pacto de fiducia; el afán de encarrilar los supuestos dentro del antiguo ordenamiento había hecho que los romanos buscaran dentro de las trilladas formas la manera de garantizar, fuera del ámbito del duro derecho obligacional, las vinculaciones personales que el comercio imponía. Y al principio lo hicieron imitando al derecho quiritario. Luego se halló una forma más práctica y sólo bastó con que se transfiriera la posesión, este es el poder de hecho sin que se hiciera lo mismo con el poder de derecho. Pero con una importante limitación, el acreedor, como ocurría antes, a diferencia del propietario, no podría usar o disfrutar de la cosa o de la persona, y ello en virtud de que tal concepción se hallaba entrañablemente vinculada con la vieja idea del rehén.

La asimilación en cierta medida de la prenda al concepto de la obligación es una razón de más y con potente fundamento para considerar que se la incluyera antes que a otra situación, dentro de los cánones del derecho quiritario. Y constituyo una prueba más que desvirtúa la concepción de Savigny.

El señorío que el acreedor prendario tenía sobre la cosa, como el señorío que tenía el acreedor común sobre el obligado, configuraban supuestos que se asemejaban a la misma propiedad. Y al no advertir este Savigny es que puede decir que en tal caso se trataba de una posesión natural.

26(o.) Elementos de la posesión.- La singular concepción que determi no el origen de la posesión explica que se elaborara sobre las- bases de dos elementos de hechos, con prescindencia de los formulismos que el derecho quiritario exigía. No se trató ya de cumplimentar las - fórmulas de un exigente y cerrado orden jurídico sino de determinar en qué casos podía considerarse existente una situación económica relevan te entre el sujeto y la cosa, de manera de que realmente mereciera la- tutela extra ordinem del magistrado.

No podía en consecuencia protegerse cualquier relación del in dividuo con la cosa sino aquéllas que de por sí presuponían una función relevante desde el punto de vista de la economía y el intercambio. De ahí que dicha relación no sólo podía consistir en la mera detentación- material del objeto sino que a su vez se exigiría una posición conscien te e inteligente del sujeto con respecto a la cosa. Pero aún no bastaría con esto, se impondría además la consideración de que dicha situación debía significar el ejercicio de una poder económico sobre la cosa, cons truyéndose así la teoría del animus. Esa intención especial no podía - ser el animus domini como sostiene Savigny op.cit.p.88: nada más con - trario a la relación posesoria que la primitiva idea que del dominio te- nían los romanos; ya hemos dicho que este era un poder sobre la cosa - desprovisto de contenido económico, era una exteriorización del poder- río del grupo, familia o gens, poderío político y militar. Sólo cuando las instituciones del derecho de gentes se filtraron en las del derecho civil y ello ocurrió relativamente tarde, sería posible equiparar en ciertos ca sos la posesión a la propiedad.

El señorío económico sobre la cosa fué la base de la cuál partió la idea de la tutela de la posesión considerada en sí misma, pues fué ne cesario establecer un orden regular y pacífico impidiendo que se altera ran situaciones que conducían al desenvolvimiento adecuado del proce- so de la producción y del intercambio. Y no se concebiría que pudiera - existir ese señorío si el que detentaba la cosa constituía un medio para la explotación económica que otro hacía de la misma. De ahí que el in quilino, el usufructuario no pudieran poseer porque mediante la locatio, el usufructo en realidad el que explotaba la cosa era el locador o el -

que había dado sobre la misma el ius utendi et fruendi. No hablamos del comodato porque es un contrato real tardío. De modo que siempre que el que detenta corporalmente la cosa es un instrumento de la explotación económica que otro realiza por su intermedio faltará el animus de la posesión.

Un poder prevalente desde el punto de vista económico es lo que caracteriza la idea primera de la posesión, la cuál se fué desenvolviendo sobre la base de que en la medida de lo posible se trataría de asimilarla al ordenamiento jurídico. El individuo eje de la explotación económica del bien, es considerado como titular de dicha relación, en tanto que todos los que, de una u otra manera, lo detenten en función de una subordinación con respecto a otro que pueda en definitiva considerarse como el centro de la explotación de la cosa, serán considerados como meros servidores de la posesión ajena.

Los considerados casos anómalos: el precario, la prenda, el secuestro no escapan a la regla antedicha. Tratándose del precarista es indudable que él mismo, por razones históricas, era considerado el titular de la posesión. Fuera porque como enseña Arangio Ruiz, Corso di Instituzioni di diritto Romani (Diritti reali e di obbligazioni) Napoli 1921, t. I p. 150, el precarista era el que ocupaba el ager occupatorius teniendo como titular al Estado que no le exigiría la restitución, o bien porque se tratara de eludir las prohibiciones de la Ley Cincia en materia de donaciones, o por cualquier otro motivo, es lo cierto que el precario constituía de por sí un "aminus" suficiente para conferir al titular la tutela interdictal, o sea, dicho en otras palabras, que la economía hallaba en su caso la suficiente aptitud para considerarlo titular independiente del poder económico sobre la cosa.

El secuestro y la prenda constituyen dos situaciones diferentes a la anterior; el precarista desempeña con respecto a la cosa una función activa; en cambio el acreedor prendario y el secuestratario actúan en forma pasiva, no pueden disponer de la misma, no utilizarla. Constituyen dos casos anómalos para la vida del intercambio pues son paralizaciones de la actividad dirigida a la producción y al intercambio. No obstante lo cuál en ambas situaciones se reconoció al secuestratario y al acreedor prendario la relación activa que la posesión implicaba.

Para explicar esto hay que tener en cuenta que el secuestro consistía en desprenderse de la posesión de un inmueble litigioso en favor de un tercero, encargado de restituirla al vencedor en el pleito, y la prenda constituía la entrega de la cosa en calidad de rehén al acreedor. Ambos casos suponían esencialmente el desprendimiento de la posesión corpore et animo. No puede concebirse que el que abdica del bien en virtud de un litigio pueda considerarse como todavía en poder del mismo, desde que el mismo hecho de la entrega se priva de la posibilidad económica de explotarlo. El destinatario de la cosa en tal supuesto no podía verse como un instrumento de la posesión ajena: se paralizaba la utilización del bien. Lo mismo ocurría, aunque en virtud de otras razones, cuando se hacía la tradición de la cosa para constituir una prenda. Desde el mismo momento de la entrega desaparecía ella del intercambio, y se hallaba sometida a ajena potestad con la consecuencia de que se inmovilizaba y desaparecía para el comercio. Podría sostenerse que lo mismo ocurría con el depósito, pero la objeción se desvanece prontamente teniendo en cuenta que en tal caso se trata de una transitoria custodia debida a circunstancias pasajeras, lo que explica que no haya una relevante razón para excluir en tal supuesto la tutela posesoria que se acordaba al depositante. También la guarda de la cosa, en un determinado momento, podía admitirse como una forma de su explotación. Cosa distinta ocurría, sin duda, con el secuestro, dónde por definición se partía de la base de que no podía precisarse quién sería en definitiva el titular del referido poder económico y en igual situación se hallaba el acreedor prendario pues el poder que este adquiría sobre el bien, destructivo al comienzo, y positivo luego, hacía desaparecer a la cosa como elemento de la economía, de igual modo que hacía desaparecer la personalidad del cautivo rescatado mediante el dinero pagado por un conciudadano.

Económicamente no interesaban esos supuestos, y no sería difícil reconocer que en los mismos había desaparecido la significación que la cosa tenía, admitiéndose lisa y llanamente que se había producido la extinción de la posesión de parte del que entregaba el bien, y la adquisición de parte del que lo recibía. Quizá, como lo señala Arangio Ruiz,

se tuviera en cuenta principalmente la persona del que estaba en mejores condiciones de tutelarlo. Pero es siempre indudable que ni el secuestratario ni el acreedor prendario pueden concebirse como instrumentos de la posesión ajena, y como consecuencia de ello si el titular se despojó de la misma, no cabe otro recurso que admitir que ahora son poeedores los que la recibieron como secuestro o prenda.

Es de advertir que mientras las fuentes en ningún momento se refieren al animus domini que sirve a Savigny para su teoría, en cambio de continuo hacen hincapié entre el caso del que detenta la cosa en forma independiente, del que lo hace como instrumento de la posesión ajena. No debiera haber preocupado tanto a Ihering, op.cit.ps.473 y ss. la opinión de Paulo sobre el animus possidentis en D.41, 2, 1, 720 y D. 13, 7, 37, pues se trata de supuestos en que precisamente se da la aplicación de la mencionada regla: en el primer fragmento citado dice Paulo que se puede adquirir la posesión por el tutor o el procurador siempre que lo hagan reconociendo que la misma pertenecerá al pupilo o al dominus negotii, pues si así no fuera nadie adquiriría la posesión, desde que no lo harían ellos ya que no tuvieron el animus possidentis, ni tampoco el curado o el mandante. La distinción entre el servidor de la posesión ajena y el titular de la misma aparece en forma neta. En el segundo texto dice Paulo que si el acreedor prendario le da al dueño de la cosa esta en carácter de locación conserva la posesión, mientras el propietario carece de animus con respecto a la possessio de la misma Y ello quiere significar lisa y llanamente que en tal caso el propietario se hacía servidor de la posesión ajena, instrumento o medio del acreedor prendario que a través de su acción conservaba el señorío sobre la cosa dada en garantía o rehén.

Lejos pues de justificar la existencia de una intención subjetiva- tales fragmentos concuerdan con nuestra idea de que la posesión requería un animus determinado no por la dirección de la voluntad del individuo, sino por el consenso de la misma comunidad. Ciertas formas confieren la posesión, otras no; la base del criterio que permite distinguir en que casos sí, y en cuales no se daba la tutela interdictal, estaba en el hecho de que para la economía el sujeto apareciera o no con respec

to al bien en posición independiente. Esto nada tenía que ver con un factor interno de la psicología humana ya que el magistrado no se iba a determinar por el fenómeno de conciencia de las partes, sino por la valoración que le sumistrara el sentir del medio ambiente.

No nos explicamos como ante la insistencia de las fuentes en distinguir entre una situación de independencia y una de subordinación ante la cosa, se haya hecho tanto hincapie en el elemento subjetivo que tiene su origen dudoso en expresiones ambiguas de Teofilo y en una injustificada referencia del fenómeno de la posesión a la institución jurídica de la propiedad. Parece como que se hubiere complicado el problema, procurando de todas las maneras posibles, con prescindencia de la evolución histórica, injertar la posesión dentro de la teoría del dominio.

La industria y el comercio no pueden detenerse a indagar sutilezas de intención o a sondear en el complejo de la conciencia y subconsciencia del ser humano. No procuran realidades personales, sino resultados objetivos. Constituiría un mentís al origen de la posesión que se hubiera iniciado y desenvuelto sobre la base de tan endebles fundamentos para la Economía.

La circunstancia de que las situaciones de hecho no contempladas por el derecho civil se protegan mediante interdictos, vía extra ordinem de la tutela, no llega a las consecuencias de excluir cierto exámen valorativo de las causas que prima facie aparecen justificando la detentación material de la cosa. De dichas causas y del mencionado exámen es que surgiría el criterio para hacer lugar en ciertos casos y en otros no, a la protección que los interdictos suministraban. Sería ya mucho conceder a la espiritualización romana el admitir que desde remotos tiempos se detuvieran sus magistrados y juristas en analizar el tremendo problema que importa captar cuál ha sido la verdadera intención del poseedor.

Y que era la causa? La explicación debía buscarse en el fenómeno económico. La posesión tenía una sola y sustancial finalidad: no obstaculizar, no interrumpir, o si ello era inivitable por lo menos, no obstruir de manera definitiva, el curso de la producción presupuesto esen-

cial del intercambio.De ahí que se llegara a admitir que hasta pudiera gozar de dicha protección el ladrón o el usurpador, La causa no podía- entonces ser un fenómeno subjetivo sino que obedecía a importantes - consideraciones de carácter social, y se procuraría hallar dentro del mismo seno de la comunidad los criterios de valoración que permitieran determinar si en fal caso concreto había o no posesión.Desde luego que dicho sentir común se dejaría influenciar por prejuicios, y sobre todo en - virtud del espiritu conservador que caracteriza a la generalidad de los- hombres, se infiltrarían ciertos resabios de la antigua organización, como el concepto de que la prenda substituía de manera práctica la antigua relación del acreedor con el rehén.

Para nosotros la llamada propiedad bonitaria no fué un prius, no fué una elaboración que se hubiera logrado con anterioridad a la teoría de la posesión, sino que se desarrolló, como que tenía los mismos orígenes que esta última, sucesivamente y a medida que se fué acentuando el lento pero constante predominio del derecho de gentes.A qué viene considerar, como lo hace Savigny que la propiedad bonitaria fué el equivalente del dominio, desentendiendola así de la posesión, cuando en los orígenes no tendría más significado que el que podía tener esta última? - Si tengo una cosa en virtud de un título del jus gentium, tanto da, antes de que este último se infiltrara definitivamente dentro del derecho civil que se hable de mera posesión o de propiedad bonitaria.Serían entonces términos equivalentes.Y cuál sería el significado de ambas? Poseer el - poder económico en forma autónoma sobre la cosa, y nada más.De manera que cuando Savigny diferencia ambos casos incurre en el error de no distinguir las épocas;al comienzo posesión y el in bonis habere querrían decir una sola cosa:tener la facultad o potestad económica de la cosa- de manera independiente.Lo mismo ocurriría con los fundos provinciales y el ager vectigalis.La circunstancia de que mucho más tarde y por influencia del factor económico dentro del mismo derecho civil, se asimilaran tales casos a la propiedad, no desvirtúa por ello que en los comienzos las referidas situaciones nada tuvieran que ver con el dominio y se- hallaran confundidas con la posesión, de modo que no se distinguieran - de ellas y constituyeran especies de la misma que se debían tutelar me -

diante los interdictos. Olvidar en esta, como en otras tantas materias - del derecho romano, el fundamental papel que representó la evolución histórica, conduce a errores básicos que impiden la correcta dilucidación del problema.

El animus, por consiguiente, es para nosotros, un reflejo de la - preponderancia que la Economía ejerció en los antiguos períodos y un intento, realizado, de obtener para situaciones de hecho determinados, el amparo de la tutela del imperium del magistrado. En momentos en - que nada tenía que ver la posesión con el dominio no sería factible - siquiera la posibilidad de asimilar la primera a la propiedad; se buscaría la protección mediante una construcción paralela y distinta. Sólo - cuando el derecho civil, por influencia y gravitación indudable del derecho de gentes, se viera impregnado de las nuevas ideas, más espiritualizadas, que reposaban sobre la base de la equidad y de la buena fe, o sea de los usos cotidianos del tráfico, se abriría la posibilidad de reconstruir las antiguas soluciones sobre la base de una adaptación a las ins - tituciones del derecho civil. Y en esta etapa sí se concibe que los juristas se esforzaran, en la referida tarea de asimilación, de hallar el modo de colocar el nuevo vino en los viejos odres. Y Savigny arranca desde este momento, pero se olvida de lo que antes había ocurrido. Insistimos, no hubo al comienzo nada más contrario a la idea del dominio que el concepto de la posesion. Presidía al primero el dios Marte, al segundo el dios Mercurio. El primero era la divinidad de la guerra, de la exteriorización plena de la personalidad a través de la sujeción de otro individuo, el segundo, en cambio, constituía el basamento del intercambio, de la argucia en la negociación, del beneficio que se obtiene por la astucia. Las armas del león suplantadas por la habilidad del zorro. No por nada se concibió a Hermes como deidad tutelar de los ladrones.

Para que la posesión pudiera asimilarse en cierta manera al dominio, era preciso que este se hubiera impregnado de las ideas económicas prevalencientes, de dónde se sigue que si la primera imitó a la propiedad no fué en todo caso con respecto al antiguo poder militar que tenía el romano sobre la cosa, sino en relación al poder económico sobre la misma, concepto que sólo podía haberse originado a través del in bonis ha-

bere, o sea de la propiedad bonitaria.

Sin embargo esta asimilación corresponde a una etapa ulterior, a la de la relativa espiritualización que el Derecho Romano exprimenta ba a través de las continuas y crecientes influencias que recibía del derecho de gentes. Llegó sin duda un momento que la trascendencia que la idea económica ejerció sobre la comunidad fué tal que, aún por puro espíritu servil de acomodar las viejas realidades a las ideas que triunfaban, se volcara el sentir popular de modo que viera no ya en la posesión un burdo remedo del primitivo dominio, sino que subordinaria este al concepto de la posesión. Luego en todo caso de ser cierta la teoría de Savigny se habría producido este fenómeno: que la posesión no habría imitado a la propiedad quiritaria, sino que este se habría plegado a aquélla. Pero para que esto ocurriera era menester que el capitalismo romano hubiera logrado la suficiente importancia que le permitiera hacer, en cierto modo tabla rasa con el pasado. Y ello sólo pudo tener lugar en momentos en que la absorbente influencia del derecho de gentes, y la avasallante y progresiva evolución del capitalismo habían cambiado fundamentalmente el modo de ser del antiguo romano. Si entonces lo que importaba era más la realización económica que el cumplimiento de los ritos del viejo derecho civil, se explica que se buscara la solución no ya en función de lo que había ocurrido en los antiguos tiempos, o sea la organización restringida y feudal, sino en función del nuevo orden, abierto y liberal, dónde poca o ninguna importancia tendrían las añejas categorías estáticas de la familia y del clan.

La despiadada crítica que Ihering formula contra Paulo no nos parece justa; el romanista alemán parte de la base de que el jurisprudente romano tuvo en cuenta esencialmente el elemento subjetivo de la voluntad. Pero la premisa que le sirve para toda las objeciones que elabora en el capítulo XIII de su obra sobre la materia, ps. 473 y ss. de la traducción citada, no está demostrada. Dice Ihering que Paulo introdujo en la teoría el concepto del animus como elemento subjetivo, pero de los textos que menciona no se desprende la confirmación de tal aserto. Decir que si el esclavo o el hijo de familia que tuviera una cosa a tí-

tulo de peculio, aunque el pater lo ignorara la posee y puede usucapir la, y si el servidor de la posesión enloqueciera el poseedor la conserva como en el caso de que aquél estuviera dormido, poco o nada tiene - que ver con la intención del titular del corpus. Paulo no afirma que se mantenga en tal supuesto la posesión por la sola voluntad del jefe de familia; dice simplemente que mientras la cosa permaneciera en la misma causa subsiste la posesión. Tengo un sirviente a quién todo el mundo conoce y que por el hecho de la relación de dependencia supone y - con razón que la cosa que lleva es mía o se halla en mi posesión, por - que enloquezca o se duerma ha de cambiar el criterio de los que lo - ven con el objeto en las manos? El fragmento que Ihering cita no sirve para probar que Paulo tuviera un concepto subjetivo del animus. No - son más felices las aseveraciones rotundas que hace Ihering con respecto a otros textos del mismo jurisconsulto. En Sentencias Libro V 2, 1, Paulo de ninguna manera dice que para adquirir la posesión se precise el - animus del que toma la cosa para nosotros; antes bien señala luego de sentar el principio de que la posesión se adquiere con el cuerpo y el - animus, que este debe tenerlo el que la quiere adquirir, mientras que el corpus tanto puede ser adquirido por el que va ser el titular como por ajena persona. Ser instrumento de la posesión ajena no depende de la - mera intención del que lo es sino de un juicio valorativo de la misma - comunidad que, conforme a las circunstancias del caso, determinará el magistrado si existe o no. Y menos feliz es invocar D.41, 2, 44, 71, pues distinta es la situación del simple esclavo que toma una cosa, y del que lo hace ostentando un peculio profecticio. En el primer caso puede ponerse en duda si el siervo lo hace para sí o para el amo y aunque lo hiciera con este último sentido, aún así no podría haber poder económico mientras el dueño del esclavo no lo supiera. Diferente es el problema - cuando hay una parte del patrimonio independizada de hecho, un peculio profecticio. La existencia de este determina la cusa que justifica sin más el animus y lo singular de la decisión consiste en la explicación de que no sería posible, en tales casos, requerir en cada especie el conocimiento del dominus. Para eso había precisamente constituído el peculio Papiniano al señalar que fuera de ese caso se requiere el animus, distingue bien los dos supuestos pero al mismo tiempo y en cierta medida los-

equipara. Y no menos porque Paulo pudiera decir algo distinto señalado que podemos poseer aún ignorándolo por el esclavo que tiene peculio-profecticio, ya que precisamente la realidad económica que dicho peculio constituía era causa bastante para que se tuviera por configurado el animus. La pregunta que Ihering hace luego, 48o. es incomprensible, qué tiene que ver el hombre libre? cómo va a ser igual la situación con el hombre libre, si este no tiene el referido peculio ni puede concebirse por la comunidad como instrumento de adquisición de otro hombre? Y la siguiente objeción que hace resulta más incomprensible porque sino cambiaba la situación con la muerte del amo, ni en los casos del furioso, de la haereditas yacens o del furioso, debió comprender que para Paulo lo del animus lejos de ser un elemento subjetivo, se basaba en la consideración que la comunidad tenía del sujeto con la cosa. Criterio económico y por ende objetivo y no subjetivo y psicológico. No vemos porqué Papiniano estaría en la verdad y Paulo no, si este decía lo mismo que aquél? Nada tiene a su vez de extraño que en sus Sentencias dijera Paulo, L.V.2, que por personas libres no podemos adquirir la posesión, pues no están bajo nuestra patria potestad y nada podemos adquirir por medio de ellas, y que luego agregara que sólo por causa de utilidad se haya ello admitido, y luego en D.41,2,1,720 explicara que de no seguirse tal criterio resultaría que ni poseería el que había dado la cosa al procurator o al tutor, ni este, ni el mandante o el pupilo, esta bien podía ser la razón por la cuál por medio de un ius singulare se llegara a la solución antedicha que no correspondía a los principios del derecho civil.

Tampoco nos parece sensata la acerba crítica que Ihering hace a Paulo con respecto de D.50,17,153: la obligación se disuelve por el acto contrario al que la hecho surgir, la posesión se pierde del mismo modo que se adquiere, con el corpus y el animus. Corpus y animus significan detentación material de la cosa y significación de la relación por la comunidad que le atribuye la existencia del poder económico sobre la misma. Si detengo la cosa de manera que la colectividad de la que formo parte le da dicho sentido, de qué vale que yo diga simplemente que no la quiero poseer ya más, si subsiste en toda su apariencia el vínculo con ella que justifica que los demás juzguen que hay posesión? Por el sólo-

hecho decir que poseo una cosa no la poseo, por la sola circunstancia de tenerla a mi disposición tampoco la poseo, luego si se exige que se cumpla además otro requisito, el animus, porqué ha de entenderse que este constituye un puro elemento subjetivo, si los textos ponen de manifiesto precisamente lo contrario? Lo que quiere decir Paulo en ese fragmento es que así como se adquiere la posesión mediante la detentación de la cosa y la relación con ella economicamente significativa para el grupo social, sólo puede perderse cuando objetivamente han desaparecido ambos elementos.

Cuando Papiniano señala que conservamos la posesión solo animo de los lugares de pastoreo de invierno o verano, de modo que si alguién los ocupa ignorándolos nosotros no la perdemos, pues se extingue la posesión por igual modo que se ha constituído, como ocurre con la obligación, tiene razón porque si durante el inverno o durante el verano, tratándose de campo estival o invernal, en momentos que no los utilizamos, alguién los ocupa, podrá acaso decirse qué hemos perdido la posesión si estamos ignorantes de ese hecho? Aquí no se trata tampoco del animus como elemento subjetivo sino lisa y llanamente de que la opinión colectiva no puede concebir que exista posesión de parte del que en época desusada ingresa a campo ajeno, porque no ve en ello la normal realización de la idea económica que la posesión supone Para el caso concreto, y contra la opinión de Ihering, nos parece que la asimilación que Papiniano hacía no era tan objetable. A qué viene se preunta Ihering comparar la posesión a la obligación a los efectos de señalar que aquélla como esta se pierde o extingue con el acto contrario al que le dió nacimiento: D.41, 2, 46? Y saca de ahí que lo que hacía Papiniano era dar un concepto ideal de la posesión que se conserva solo animo, sin tener en cuenta que era una institución nacida para satisfacer necesidades prácticas. Pero es que el jurista examina este caso: tengo campo de pastoreo de invierno, en verano un tercero lo ocupa y yo no lo sé: Papiniano dice que para que pierda la posesión se necesita que sepa yo que se ha producido esa ocupación porque aquélla se retiene solo animo. Es lógico que así ocurriera y la solución se explica sin necesidad de referirla a una tentativa de idealización, porque el nexo que configura el poder económico sobre el campo de invernada

está dado por el envío del ganado a pastorear en invierno;en verano e so no ocurre y aunque no mantengamos allí esclavo o colono conservamos la posesión porque una vez establecida la vinculación económica- la misma subiste mientras no se destruya sino por un acto que supone - que a los ojos de los demás ha desaparecido el poder de hecho sobre la cosa.Y en el caso planteado por Papiniano ello no podía ocurrir sino - cuando el poseedor tuviera conocimiento pues mientras no lo supiera o tuviera posibilidad de saberlo la posesión del usupante era clandestina- Lo del acto contrario y la referencia a la obligación no constituye una tentativa de idealizar la posesión como lo parece a Ihering.Que el caso supone la ocupación del campo en época distinta a la del pastoreo- resulta del hecho de que se supone que no se ha dejado dependiente alguno en él.Estando lejos el poseedor y en época en que no mandaba al saltus sus animales había un poderoso motivo para que no se tuviera por perdida la posesión sin mas:el que ocupaba el campo en tiempo en que- económicamente no solía utilizarse no interrumpía el nexo entre la cosa y el poseedor, de ahí que se exigiera el conocimiento de este.

Veamos los siguientes textos de Paulo de que se sirve Ihering para atacarlo y fundamentar su opinión de que aquél jurista es el creador de la teoría subjetiva de la posesión:D.41,2,3,71,adquirimos la posesión con el cuerpo y con el ánimo,y no sólo con el cuerpo o solo con - el ánimo, D.41,2,8.Del mismo modo que no se puede adquirir ninguna- posesión sino con el cuerpo y el ánimo, tampoco se pierden sino concurren ambas en un contrario acto."D.50,17,153;Sentencias 5,2,Dice Ihering que Paulo es el único jurista de dónde proviene esa regla;pero lo- cierto es que se halla implícita también en fragmentos de otros jurisconsultos:en D.41,2,51, Javoleno nos pone de manifiesto cómo era necesario que se adquiriera la posesión con el cuerpo y el ánimo:compré un - stock de madera, el vendedor ordena que la retire;doy orden a un esclavo mío que la custodie.Se ha producido la tradición.Y en D.41,2,3,73, nos enseña Paulo que Neracio y Proculo pensaban que "solo ánimo" no podía adquirirse la posesión del tesoro por el propietario del fundo dónde aquél se hallaba enterrado, a menos que antecediera la posesión natural(corpus)sobre el objeto;en tal caso, dice Paulo, en cuanto el propietario tuviera el afecto de poseer comenzaría la posesión.Algunos, agre-

ga, pensaron que era mejor la opinión de Sabino que consideraba que hasta que no se removiera el tesoro del lugar no podía considerarse que se hallaba en la custodia del dueño del inmueble. Y Paulo precisamente se decide por este último criterio. La "Afecctio tenendi o possidendi" de que habla Paulo en ese texto y en D. 41, 2, 1, 73 no tiene porque ser una intención subjetiva, puede muy bien ser la consciente e inteligente situación de la persona con respecto a la cosa que se exigiría para ver en ella la posibilidad de la utilización económica de la misma. De ahí que el furioso o el infante aunque pudieran tener la detentación corporal de la cosa, como ocurre con el que duerme si alguien le coloca un objeto en las manos, no podían adquirir la posesión: pero no porque no tuvieran la subjetiva intención sino porque no estaban en condiciones de comprender el sentido económico que el poder de hecho sobre el objeto tenía. Para la determinación de ese juicio no era necesario hacer indagación alguna en el ánimo de la persona, bastaba con el hecho externo de la locura o de la edad. Tratándose del pupilo se halló la solución permitiéndole adquirir la posesión con la auctoritas del tutor, y aún sin ella fueran de edad tal que tuvieran la comprensión de lo que hacían en el 79 dice Paulo que si queremos adquirir la posesión por otro este debe ser tal que tenga "intellectum possidendi", es decir la comprensión económica del acto que realiza; en D. 41, 2, 32, 72 enseña el jurista que el infante debe adquirir la posesión con la auctoritas del tutor, pues de otro modo no tendría ninguna comprensión de lo que hacía. Y esto es exacto y no requiere ninguna investigación subjetiva de un animus idealizado. D. 41, 2, 1, 22 se explica porque los municipios no eran personas y en principio sus cosas eran extrapatrimoniales y se hallaban fuera de la posibilidad de la posesión.

No vemos tampoco porque ha de deducirse de D. 41, 2, 41, que el animus a que se refiere Paulo no pueda referirse a la causa de la posesión y no a una tendencia o inclinación puramente subjetiva: para el juicio de los demás el que ingresa al fundo de otro por razones de amistad no puede ser poseedor. La vinculación que se establece entre el y la cosa no tiene relevancia económica.

Lo mismo cabe decir con respecto a D. 41, 2, 3, y 12: posee -

mos con nuestro animo y el cuerpo ajeno, como en el caso del colono o del esclavo nuestro. La gente ve al colono de Ticio cultivando el fundo Corneliano: como la locación no confiere la posesión la atribuye a Ti - cio; el colono es un medio del que este se vale para utilizar económica mente el inmueble; lo mismo pasa con el caso del esclavo. El animus -- siempre se refiere en un juicio valorativo de la misma comunidad. Ypre cisamente lo que no ha podido probar Ihering es que Paulo le diera un sentido distinto.

Desde luego que en la posesión hay un elemento subjetivo, se trata de un poder económico sobre la cosa, luego se requiere la cons - ciencia del mismo; de ahí que no se admita que pueda tenerlo el furio - so, el infante, pero descontada esa vinculación consciente todavía que da por ver si hay o no posesión ya que podía existir la consciencia de e sa vinculación económica y todavía no existir posesión: el colono la - tiene y sin embargo no es poseedor; el ladrón o el usurpador la tiene y sin embargo es poseedor, el acreedor prendario la tiene y es posee - dor.

Hay que distinguir entonces entre el elemento subjetivo que se impone ya desde el principio para que haya corpus porque carecen de - capacidad para comprender conscientemente la vinculación económica que debe existir entre el sujeto y el objeto. Por igual razón se niega que pueda adquirir para otro el corpus de la posesión el furioso, D. 41, 1, 2 y 10, Paulo. Y es indudable que el "intellectum possidendi" en el párra fo 9 de esa ley se refiere al elemento sujetivo. De igual modo puede dár sele la misma a significación a la "affectio tenendi" de l párrafo 3, su- pliéndose en tales casos la incapacidad del pupilo por la auctoritas, pe ro en estos la ausencia del elemento subjetivo determina sin mas la inexis tencia del corpus, de manera que Paulo no puede haberse referido a él - cuando en los distintos pasajes ya citados dice que se adquiere la pose - sión corpore et animo.

El elemento subjetivo sirve para determinar si hay corpus pero e so no será suficiente para que exista posesión; se requerirá todavía que la vinculación económica resulte tutelada como posesión por la ley: y a esto llama Paulo animus. Cada vez que el jurisconsulto se refiere a este

último aspecto utiliza la palabra señalada, en cambio cuando habla- del aspecto subjetivo del corpus se refiere a la "affectio tenendi", al "intellectum possidendi"; así no es cierto que diga en D. 41, 2, 1, 3, 9 , 10 que falta el animus, sino que no existe el corpus. En D. 41, 2, 1, 22 el problema es otro: no hay sujeto titular al que pueda atribuirse el corpus y el animus. Precisamente cuando se adquiere la posesión por el esclavo propio este debe ser capaz de tener la "affectio tenendi", "el intellectum possidendi" para poder adquirir el corpus , mientras el animus lo debe tener el amo. En D. 41, 3, 4 y 2 surge nitido el distingo: el pupilo que toma el corpus sin la auctoritas del tutor puede usucapir siempre y cuando tenga "animus possidendi": se refiere no al animus sino a la affectio tenendi, al intellectum possidendi, que es lo que preocupa al jurista en ese caso ya que sino existiera el corpus no podría plantearse siquiera la posibilidad de que existiera posesión. En cambio en D. 13, 7, 37 la palabra animus significa la cuasa: el colono o el inquilino no tiene la posesión porque esa relación económica con respecto a la cosa no confiere tal beneficio. E igual sentido tiene el término o la expresión en D. 41, 2, 1 y 20: el procurador o el tutor que adquiere el corpus para el mandante o el pupilo entra en una vinculación con la cosa que para el derecho no es posesión. Y Paulo no dice otra cosa, no hace referencia alguna que permita siquiera sospechar que se trata del elemento subjetivo de la consciencia o comprensión del acto que realiza. Esto es muy diferente a la "affectio tenendi" o al "intellectum possidendi".

Ihering no acierta cuando interpreta D. 41, 3, 13 y 2: aquí nada tiene que ver el animus, se trata de otro problema: se da mandato a otro para que comre el esclavo Stico, lo compra y recibe la tradición, el esclavo no era del vendedor; usucapirá el mandatario porque no hay representación. Si se le hubiera transferido el dominio, sería el mandatario el propietario, con mayor razón sería el poseedor. Y todo ello sin perjuicio que luego, y en virtud del mandato, deba transmitir la cosa al mandante. No entendemos que quiere decir Ihering cuando señala "le falta el verdadero animus", op. cit. p. 487, a quien? Si le faltara al mandatario no podría usucapir, y por definición no puede faltarle al mandante, ya que por ausencia de representación, no pudo adquirir

Tampoco tiene nada que ver D. 9, 4, 22 y 1 Paulo con el animo en el sentido subjetivo que le atribuye Ihering. El acreedor prendario y el precarista no están sujetos a la acción nexal, porque aun cuando son poseedores no poseen empero con la opinión de dueños. Como se ve no se trata de un problema de la posesión en sí sino de la causa de la misma, ya que solo el propietario o el que poseía como tal estaban compelidos al abandono nexal. Se trata de una especie de posesión, o mejor de una especie de animus: se puede poseer como propietario o bien por otra causa. Igual significado debe dársele a D. 41, 3, 13. Hay un animus para el acreedor prendario, y otro distinto para el que posee como propietario. Eso era todo y en ambos casos la existencia del animus dependía de la significación que le otorgaba al vínculo del sujeto con la cosa, la comunidad.

No es cierto que en la adquisisición de la posesión por el esclavo el animus de este fuera decisivo para determinar si la adquiría para su amo o para un tercero: D. 41, 2, 1 y 19 Paulo. El esclavo no podía tener animus, en consecuencia el fragmento se refiere al corpus: si el esclavo obtiene la cosa con la intención de ser instrumento de la posesión de otro, integrado el corpus con el animus del tercero, este adquirirá la posesión. Luego el animus allí no tiene el significado que en la regla: la posesión se adquiere corpore et animo. Paulo no innova nada al respecto. No es cierto que un jurista de la época antigua, Ihering, op. cit. ps. 487 y 488, no hubiera podido comprender que del esclavo dependiera la posesión de su señor. Se trataba de un servicio que el esclavo prestaba a un extraño, nada más y no era posible evitarlo.- Mando a mi esclavo que entre en el fundo Corneliano que compré a Ticio y llevo allí mis cosas; el esclavo en lugar de obedecerme, obedece a Sempronio que también compró el mismo inmueble al propietario, y en lugar de las mías, lleva los muebles y enseres del extraño. El esclavo ha cometido una infidencia, merece ser castigado, pero lo cierto es que ha sido instrumento de la posesión de Sempronio; para la comunidad el poseedor es este. Que hay de raro en que el esclavo prestara los servicios, aun perjudicando a su amo, a un tercero? No dependía del esclavo que hubiera posesión para un extraño, sino de otros factores: el animus de este último, o sea la vinculación económica con la cosa reconocida por la comunidad.

Tampoco puede dársele carácter subjetivo a la "affectio" en D. 41, 2, 3, 76, pues el fragmento no dice que se trate de una renuncia subjetiva: el que no quiere poseer: habrá que probar que se ha desvinculado de la relación económica con la cosa que la posesión presupone, aun que el inmueble del ejemplo no haya pasado a la posesión de otro.

Ihering tenía razón, el animus no era un elemento subjetivo- como lo entendía Savigny, pero se equivoca reyendo que Paulo había caido en el mismo error.

Tampoco es argumento el texto de Paulo que trae a colación- Ihering, D. 18, 4, 21, pues olvida que si en la relación interna entre el vendedor de la herencia y el comprador de la misma puede considerarse a este como poseedor, como ocurre entre mandante y mandatario, no pasa lo mismo frente a los terceros y en definitiva ante la comunidad. De ahí que sea inexacta la afirmación del mencionado autor alemán de que Paulo le niega al representante el animus possidendi, p. 500, si le ha reconocido el derecho a usucapir como no advirtió Ihering que tal conclusión era evidentemente falsa? Ihering no parece advertir que a Paulo preocupaba tanto en D. 41, 3, 13, 72, como en D. 18, 4, 21 no era el animus possidentis, como Ihering lo llama indiscutible en ambos casos en las cabezas del mandatario comprador y del vendedor de la hereditas, sino los vínculos que mediaban entre el primero y el mandante y el segundo y el adquirente de la herencia. Por eso la exclamación de Ihering "y i sin embargo de eso tiene- la posesión", op. cit. p. 504, hubiera asombrado a Paulo quien le hubiera dicho: Señor, eso nadie lo discute. La duda está en si el procurator puede suscapir. Es el poseedor, nadielo pone en tela de juicio, pero la circunstancia de que debe transferir la cosa al mandante, autoriza a sostener que pueda usucapir? Y el motivo de la vacilación era explicable pues si bien formalmente el mandatario tenía la posesión para si, sustancialmente y en virtud del mandato existente que lo obligaba por la acción de mandato contratio a restituirla al mandante podía considerarse que no poseía a nombre propio. Estaba en juego por un lado la situación del procurator en su vinculación económica con -

la cosa, y por el otro la existencia de una causa obligacional que le imponía la restitución al mandante. Se resolvió la cuestión lógicamente dejando de lado el segundo aspecto que no se consideró con relevancia frente a la opinión de los terceros para variar la posición con el bien que de hecho aparecía en primer y notorio plano. En D.18, 4, 21, ocurre algo parecido, se trata de saber si se responsabiliza al vendedor de la herencia ante el comprador de la misma por la negligencia incurrida en la percepción de los frutos, negligencia que podría justificarse diciendo que incurrió en ella porque se trataba de un fundo ajeno. No vemos que tiene que ver este problema con el animus.

No vamos a seguir a Ihering en todas las consecuencias que saca de su equivocada opinión sobre Paulo. Sin quererlo Ihering cayó en la trampa que le tendió la habilidad de Savigny; es esto el que vió en el animus un elemento subjetivo, y aquel, en el ferviente deseo de refutarlo, interpretó a Paulo a través de la obsesionante idea de Savigny. Y no obstante estar Ihering en lo cierto: el animus es siempre un elemento objetivo proveniente del sentimiento económico de la comunidad y admitido por el derecho, incurrió en una ingrata calificación con respecto a Paulo que justifica lo que nuestro colega, el profesor Dr. Guillermo L. Allende dice en su trabajo sobre La Posesión, Bs. As. p. 16, aunque no estemos de acuerdo con sus conclusiones que son favorables a la tesis de Savigny.

Si la posesión nació por exigencias de la economía, y por ende como consecuencia de la nueva idea que consideraba a las cosas en función del intercambio, es indudable que habrá que buscar en criterios puramente objetivos el alcance y significados de sus elementos. Cuando Ihering dice, op. cit. p. 423: "La posesión hubiera debido cesar inmediatamente de producirse la locura; por motivos prácticos, el derecho romano la deja continuar", o cuando afirma "En principio, la extinción de la posesión por la muerte del poseedor, hubiera debido interrumpir la usucapión; el derecho romano deja que continúe", o cuando añade "Teóricamente, el poseedor debería perder la posesión a consecuencia de la ocupación de sufundo; pero la conserva", reconoce que la posesión es un estado económico. En todos los supuestos que

menciona, la ausencia de posibilidad de la continuidad de la explotación económica hubieran llevado a los resultados absolutos que enuncia. Sino ocurrió así, como él mismo lo señala, se debió a que el derecho intervino con sus ideas morales para impedir que la férrea lógica de la economía dejara de lado sin más la idea de justicia. No hay que olvidar que el derecho de gentes, manejado por el pretor, imitaba en lo posible al derecho civil.

Las crudas consecuencias de la verdad económica conducían a las consecuencias absolutas previstas por Ihering, pero el Derecho actuó como moderador de las mismas sobre la base del criterio de justicia. Pero esto no significa que en ningún momento en los textos del derecho romano se llegara a la concepción psicológica de la posesión que con toda injusticia Ihering atribuye a Paulo. Un elemento psicológico hubo es verdad, pero quedó reducido a la adquisición del corpus de la posesión, no se extendió nunca al "animus".

El comercio no se apega a consideraciones individuales y a sentimentalismos, procura su realización a través de los cánones que imponen los usos del tráfico cotidiano. De modo que el animus se halla cabalmente interpretado por estas palabras de Ihering: "Según la teoría de la voluntad abstracta y la objetiva, la 'causa' es la que decide si en la relación de posesión derivada hay posesión o tenencia, sin que se tome en cuenta la voluntad individual divergente"., op. cit. p. 427.

Hallamos en el corpus un elemento material: la detentación de la cosa, y un elemento subjetivo: la conciencia de dicha detentación. Pero si ambos elementos integran el corpus de la posesión, aún todavía es necesario algo más, el animus, o sea la causa de la misma. Y dicha causa no depende de la voluntad individual, ni de la libertad del individuo, sino en la apreciación que hace la colectividad de la vinculación del sujeto con la cosa. Apreciación que se realiza desde el punto de vista económico, el que por tener que transigir con ciertas ideas y preconceptos de las ideas jurídicas se vió limitada en las últimas consecuencias de sus concepciones, surgiendo las trestricciones que Ihering señala.

No vemos las dificultades que trata de allanar dicho autor en el caso de la representación directa, pues si envió a mi esclavo con los documentos a recoger las cosas transportadas mías a la estación o la leña que he comprado, la circunstancia de que se halla bajo mi potestad excluye de por sí que su intención particular me pueda privar de las consecuencias que el derecho prefija. Por más que quiera el siervo otra cosa, su persona se confunde con la mía y no habrá posibilidad de que adquiera para sí. Otra cosa sucedería si se convirtiera en instrumento de la posesión ajena, me robaría en tal caso sus servicios, y sin perjuicio de lo que ello podría acarrearle, me excluiría a mí de la relación posesoria. Sin embargo aun en tal caso todo dependería de la significación que la comunidad atribuiría a esos hechos: utiliza el esclavo mis documentos, o emplea los del extraño? todo depende de esos hechos para que el juicio de los demás pueda inclinarse a favor del tercero o del amo.

La misma regla: nadie puede cambiar por sí la causa de su posesión es un abierto reconocimiento a la teoría de que el animus no depende de la voluntad del sujeto sino que proviene de las consideraciones que realice al respecto el derecho objetivo. Y constituye un mentís a la interpretación que hace Ihering de las palabras de Paulo cuando se refiere a que el poseedor solo animo puede perder la posesión.

Para que la causa de la detención corporal de la cosa se cambie convirtiéndose en verdadera posesión o bien esta se degrade a tenencia no basta la simple manifestación de voluntad del individuo, se requiere que el hecho económico se transforme a los ojos de la misma colectividad adquiriendo el sentido de posesión o retrocediendo al concepto de detentación a nombre ajeno. Siempre el animus se halla pues en una apreciación objetiva formulada por la colectividad y reconocida por los prudentes. La prueba de la poca importancia que tenía la intención individual se desprende del hecho de considerar que no sería relevante que el colono o el comodatario se limitaran a negarla relación de subordinación que los une al poseedor, se exigiría un hecho concreto: la repulsa por la fuerza, el negarse a pagar el precio del alquiler, etc, para que efectivamente pudieran mutar la causa de la detentación corporal de la cosa. Si el colono vende la cosa arrendada a un tercero cambia la

causa de la posesión, pero si se reconoce locatario de ajena persona no. La solución es lógica: en el primer caso cometió hurto, en el segundo no; su actitud en este supuesto resulta inoperante pues el hecho de pagar los alquileres a un tercero no implica que no los deba - al poseedor? D. 41, 2, 3, y 18, y si el locatario aunque vendiera la cosa continuara detentandola seguiría la posesión en manos del locador D. 41, 2, 32 y 1. Y se justifica esta segunda solución porque sin desplazamiento de la cosa la mera venta que hiciera el conductor o colono no tendría relevancia, pagará la locación a quien no sería su acreedor, desde que el grupo consideraría en tanto el tuviera la cosa como poseedor al locador. Todo ello corrobora la idea de que el "animus" lejos de ser un elemento subjetivo, reposaba sobre hechos externos en base a los cuales la comunidad pudiera formarse un juicio, interpretando su sentir por los juristas.

Dando al animus un contenido objetivo no hay porque suprimirlo: la detentación física: corpus más el sentido económico que la comunidad le da en un momento dado a la relación entre la cosa y la persona constituyen la posesión. Ya dijimos que el corpus tiene un elemento subjetivo indudable: se requiere una vinculación consciente de la persona con la cosa para que haya detentación; si esta tiene además el sentido económico que el grupo requiere para que se protega como tal aparece el animus, y se completa la idea de la posesión.

267o.) Nuestra teoría sobre el animus.- Hasta ahora hemos hablado del animus por condecender a con la denominación común entre los autores pero es el momento de precisar nuestras ideas al respecto. Ya hemos dicho que se trata de un elemento objetivo, pero este concepto resulta insuficiente e inadecuado para comprender el cabal significado que el mismo tiene.

En los tiempos primitivos de Roma hubo relaciones reguladas por el derecho quiritario; hubo otras en cambio que estaban desprovistas de toda tutela. Estas últimas a medida que iban apareciendo y como obedecían a nuevas necesidades reclamaron que de alguna manera se les diera protección. Como no podían incluirse dentro de la estructura jurídica, por lo que era imposible ampararlas por medio de las acciones, se

halló la manera de protegerlas mediante el imperium de los reyes primero y de los magistrados después. Nacieron de ese modo los interdictos como vía adecuada para la protección de esas situaciones que comprendían múltiples aspectos de la vida cotidiana que escapaban a la normación del derecho. Así las relaciones de los ciudadanos y de los extranjeros con las cosas extrapatrimoniales, como las comunes o públicas, el amparo de las cosas sagradas, santas y religiosas hallaron tutela mediante el procedimiento interdictal. Dentro del ámbito patrimonial se presentaba los siguientes casos que estaban igualmente al márgen del derecho: 1o.) la detentación del ager publicus; 2o.) la detentación del fundo rústico por el precarista, 3o.) la detentación de la cosa mancipi adquirida por quien tenía el ius commercii a otro que también lo tenía pero sin las formalidades del derecho civil como la mancipatio, 4o.) la detentación de la cosa en garantía por el acreedor; 5o.) la detentación del inmueble por el secuestratario en el caso de que, litigando varios por la propiedad del mismo le entregaban a un tercero con la condición de restituirlo al que resultara vencedor en el pleito; 6o.) la detentación de la cosa corporal para usar y gozarla. No se conocían entonces ni inquilinos, ni depositarios ni comodatarios; los "iura in re" no habían aparecido. Posteriormente con las conquistas aparecerían; 7o.) la detentación de los fundos provinciales.

En ninguno de esos supuestos había derecho; existía una relación permanente o transitoria, según los casos, entre la persona y la cosa que de alguna u otra manera tenía significación económica. Y aquí debemos señalar que tratándose del acreedor prendario no se trataría de la transmisión del dominio "cum fiducia", pues en tal supuesto tendría aquel el dominio quiritario y por ende se hallaría protegido por la acción reivindicatoria, y que tampoco es concebible que el secuestratario adquiriera la propiedad ya que quién podría probar que su sacramento era justo? Por otra parte , si ninguno de los contendientes lograba en el proceso demostrar su dominio, y el secuestratario no tenía a quien devolverla cómo se protegería su situación si alguien lo privaba del inmueble?

Todos eran casos en que no había tutela jurídica alguna, de ahí que se recurriera, por su importancia, a la vía interdictal. La teoría de

Savigny sobre el animus domini no tenía entonces nada que hacer, pues ni aún en los casos de que se detentara la cosa por violencia usurpación podía concebirse que el que así la detuviera pudiera parangonarse al dueño. La teoría de Ihering también resulta inaplicable: no se trata de que el ordenamiento jurídico otorgara, por razones históricas, la protección de los interdictos en unos casos sí y en otros no. Podría haber situaciones parecidas no protegidas pero no porque se debiera a motivos históricos, sino en virtud de que económicamente resultarían desechables.

En una segunda fase se produce esta transformación: Algunas de las situaciones enunciadas se incorporaron al derecho: 1o.) el ager público se distribuyó en propiedad: Albertario, corso di Diritto Romano, Possesso e Quasi Possesso, Milán 1946; 2o.) el adquirente de la res mancipi por las formas que no transferían el dominio pudo usucapirla, y en el interín se vió protegido por la actio Publiciana; 4o.) Surgió la noción del dominio del derecho de gentes y el utendi et fruendi se convirtió en un ius in re, el derecho de usufructo; 5o.) al acreedor prendario se le concedió una actio in rem para proteger su situación. Estos supuestos que iban siendo incorporados al derecho se convertían de situaciones de hecho en relaciones o situaciones jurídicas. Las que quedaron excluídas mantuvieron la individualidad propia para que se las considerara como de por sí generadoras de la tutela interdictal, mientras que esta para las mencionadas párrafos arriba se convirtió en un complemento de la tutela jurídica.

A medida que la comunidad progresaba se achicaba la esfera de las realciones económicas en entre las personas y las cosas que se hallaban al márgen del ordenamiento jurídico. Si consideramos que a todas las situaciones mencionadas que estaban desde el comienzo fuera del derecho, es a las que se llamó animus, comprenderemos que en verdad esto último como generador de la tutela interdictal como único remedio extra ordinem, en lugar de ampliarse con el tiempo y la evolución se reducía, loqueconstituye otro desmentido, a la teoría de Ihering.

En una tercera fase el precario se asimiló al comodato, el secuestro se convirtió en depósito, la detentación de los fundos provincia

les que se pudieran adquirir por la praescriptio longi temporis se transformó en dominio quedando, en consecuencia, al margen de la tutela jurídica la situación del poseedor de buena fe sin título o del poseedor de mala fe con o sin título. En el interín habían surgido la locación - conducción, el comodato, el depósito, pero como estos nacieron dentro del derecho no se sentiría a su respecto la necesidad de la tutela - interdictal.

Pero la asimilación que el derecho iba haciendo de las situaciones antedichas dejaba su resabio; las mismas habían subsistido durante - siglos y se incorporaban a la vida jurídica con su principal armamento: los interdictos. Estos debían sin duda ofrecer alguna ventaja; no se mantuvieron solo por reminiscencias o caros apegos al pasado: favorecían - con la mejor posición en que se halla el detentador de la cosa y en muchos casos con la utilización y disfrute de la misma.

A los antedichos supuestos se los llamó en determinado momento posesión; ello debe haber ocurrido cuando se habían prácticamente - incorporado al ordenamiento jurídico, y como todos producían los mismos a efectos, aunque difirieran entre si por su naturaleza y alcance , es decir como todos conducían a la tutela posesoria, no es difícil que - se los tratara de designar por un solo y único nombre: y se encontró la palabra posesión, que en la primera fase de la evolución no existía utilizándose la expresión utendi et fruendi. Albertario dice que la posesión fue en su origen de hecho el mismo poder de señorío político sobre la cosa que el dominus tenía sobre la suya, pero olvida lo que él mismo enseña, que al comienzo no se decía posesión sino usar y disfrutar; hay algo más reñido que tal expresión con el orgulloso poder que el propietario quiritario tenía sobre el objeto sometido a su potestad? El mismo significado que le da Bonfante a la palabra posesión (poder, señorío, dominación política) se basa en fuentes literarias provenientes de una época en que la misma habría sido acuñada por la práctica o los juristas para- referirse en conjunto a aquellos antiguos supuestos en casi la totalidad incluídos ya dentro del ordenamiento del derecho civil.

Albertario es categórico: los juristas de la época clásica solo conocen un término para designar esas situaciones, y esto es: possessio sin

aditamento alguno, sin calificativos. Tampoco pues en la etapa en - que apareció el referido vocablo para designar las situaciones incor - poradas al derecho y las que se mantenían todavía al márgen de él , encaja la teoría de Savigny ni la de Ihering.Decir que se posee con o pinión de dueño o sin ella no es decir sino que se detenta la cosa o - como propietario o como quién está en vías de serlo y nada más y con ello sólo se señalan dos de los casos que estaban incluídos dentro del concepto de la posesión .Incorporados la mayoría de los mismos a la - regulación civil se extendería el nombre también al propietario al que se consi deraría igualmente poseedor.Bastó con recordar que en la man cipatie se adquiría el dominio sin necesidad de que se hiciera la tra- dición de la cosa.La teoría de Ihering también es infundada pues si se llamó posesión a esos supuestos, a los que habían estado desprevistos - de toda tutela los que nacerían luego del fenómeno de la incorporación al derecho;protegidos como se hallarían por estos, qué necesidad se - sentiría de incluirlos dentro de la posesión ? Se podría contestar:Ah , para acordarles la tutela interdictal, y también se podría responder en tonces:pero el problema no es ya el de la posesión, sino el acordar los beneficios de los interdictos a nuevos casos que se hallan ya protegi - dos por el Derecho, con lo que se desplaza nuevamente la cuestión de la posesión al de la tutela interdictal, único beneficio sobre el cúal - podía discutirse una vez que las situaciones extralegales se vieren aco gidas, salvo excepciones, por el derecho.

Hallada la palabra, denominándose a los supuestos mencionados con el término genérico posesión, para no repetir cada vez que se men cionara la tutela interdictal supuesto por supuesto, se acuñó una nueva expresión "animus", "animus possidendi ".Era una forma abreviada de - designar alguna de las situaciones antedichas.Incorporadas las mismas- al orden jurídico se transformaban en instituciones jurídicas;la deten- tación del ager publicus, la del que tiene la cosa en vías de usucapir, la del acreedor prendario, la del usufructuario, la del secuestratario, se convierten en propiedad, en derecho real de prenda, en usufructo, en - depósito y en todos esos casos la posesión perdió su figura caracteristi-

ca y se convirtió de elemento principal en accesorio.Lo único que mantenía su antigua independencia fué la existencia de la protección interdictal.Conservó en cambio su primigenia estampa tratándose del poseedor de buena fé sin título, o del de mala fé con o sin título.

Por eso no hay que buscar en los fragmentos de los juristas romanos un animus subjetivo cada vez que hablan del animus possidendi, etc. sino la necesidad de usar una expresión breve y concisa que da por sobreentendido que se refieren a los casos que ya hemos estudiado.

Cuando apareció la locatie conductie, qué necesidad habría de incluirla dentro de los anteriores supuestos si nacía tutelada ya por el derecho? Priva un tercero al colono de la cosa, y bien, no tiene la acción ex conducto contra el locador para que ejercite este los remedios que tiene a su alcance a fin de poder cumplir con su obligación ante aquél? Se la quitan al comodatario y se hallará excusado de su deber de restituir si no tuvo culpa en ello.Y si se considera que en tales supuestos debería acordarse la tutela interdictal, es ya otro problema, un problema jurídico y legislativo, el de determinar si la vieja protección para aquéllos especiales situaciones debiera o no extenderse ante otros casos.Pero dicha extensión del procedimiento de los interdictos ya nada tiene que ver con la posesión, como ocurría en cierta parte también en el Derecho Romano dónde la tutela interdictal fué mucho más amplia que la posesión.Sin quererlo es a este a que ha querido referirse Ihering con toda su teoría sobre la materia.Su obsesión fueron los interdictos, pero la obra de Savigny puso un velo en sus ejes y se dejó llevar por la equivocada teoría del animus domini.

Los juristas romanos clásicos no tuvieron esa preocupación:por razones de comodidad hallaron un término que les permitiera no tener que enumerar en cada caso los supuestos que antiguamente se hallaban al margen de la tutela jurídica.Sólo un caso nuevo se les planteó y lo resolvieron con impecable lógica:si el marido donaba una cosa a la mujer se configuraba una situación sin causa, sin tutela jurídica, similar a las ya estudiadas, y resolvieron que tuviera la tutela interdictal.

De ahí que la antinomia de los textos que dicen que la pose -

sión es de derecho y de los que afirman que es un hecho desaparece - considerando que efectivamente había casos en que era un derecho y otros en que era sólo un poder económico sobre la cosa. En la medida - que los supuestos primitivos se incorporaron al derecho y que la posesión se desfiguró perdiendo su autonomía la primera afirmación era válida, pero no olvidemos que en lo que concernía a la tutela interdictal seguía siendo la dueña y señora. Y qué otra cosa significaba el afirmar que la posesión era hecho sino decir que en tales supuestos cabía la - protección del interdicto y en otros no, o que en tales casos podía añadirse la posesión anterior y en otros no? , a los efectos de la usucapión?

Luego el animus possidendi fué en la época clásica la manera abreviada, la frase hecha que designó las situaciones ya mencionadas- nada tiene de subjetivo, se refería a supuestos bien concretos. Una vez más resulta lo equivocado que estuvo Ihering al contradecir a Paulo; lo ofuscó lo del "animus" que sugiere una intención, un factor subjetivo , y sobre todo la errónea idea de Savigny.

En contra de lo que sostiene Albertario, la posesión nació o mejor dicho los supuestos que aquélla luego involucró en un único vocablo, dentro de la economía; nada de extraño tiene que cuando se produjera por el Derecho la recepción de tales fenómeno y se olvidara un poco el primitivo problema, se viera en la propiedad la posesión por excelencia y que si jurídicamente se la llamara dominium, económicamente se le diera el nombre de posesión' Que esta idea terminó por obscurece muchos de los conceptos claros que hasta entonces existían, lo prueba la teoría de Savigny seguida por muchos ilustres romanistas, entre ellos por Bonfante y también por Albertario aunque con correcciones, pues - este último la admite en el período postclásico y limitada entonces a los casos en que haya buena fé y justo título. De modo que para Albertario el ladrón, el usurpador no tienen en el período bizantino la posesión animus domini, de lo que resultaría que la teoría de Savigny tam - bién es equivocada durante la etapa del derecho de Justiniano.

A nosotros nos interesa refutar la opinión de Bonfante este eximio romanista trató de justificar la doctrina de Savigny depurándola;-

comenzó por buscar una más adecuada expresión del fenómeno desde el punto de vista linguístico, se empeñó en hallar una nueva etimología, - y trató de curar la debilidad del talón de Aquiles procurando demostrar que los casos de posesión derivada habían sido otros tantos supuestos de dominio. Albertario ratifica en cierta medida la construcción de Bonfante y decimos en cierta medida porque le reprocha no haber distinguido etapas, fases de evolución histórica, y está en parte de acuerdo con él- y en parte no. A nosotros nos parece errada la tesis de Bonfante. Para él el acreedor prendario fué propietario y esto no puede ser cierto. En la antigua transmisión de la propiedad con pacto de fiducia para garantizar una obligación no podía existir problema alguno que mereciera la- tutela interdictal y por ende la atención del pretor. La necesidad de la misma debió presentarse cuando sin transmitir la propiedad se dejaba la cosa en poder del acreedor, al márgen en consecuencia de la tutela - del derecho. Qué ocurriría si cualquiera lo despojaba de ella? Para el Derecho nada, luego sería menester encontrar un remedio, porque la - prenda tenía una finalidad esencial para la economía: el mantenimiento del crédito y superar en alguna forma la absoluta concepción romana de que la misma era un poder nagativo y de destrucción.

El caso de precarista resultaba indudable, no podía siquiera imaginarse que hubiera en el mismo el animus domini, pues por esencia resultaba el detentador de la cosa, sin derecho alguno, por concesión graciosa del paterfamilias. Y en el supuesto del secuestratario no vee la posibilidad de que alguna vez se lo pudiera asimilar al dueño; ya hemos - dicho que si entre varios se halla controvertido el dominio resulta de - por sí imposible que ninguno de ellos pueda transmitirle, y que el que - lo recibe en depósito por definición no puede tener con respecto al inmueble tal animus.

Tampoco satisface en consecuencia la teoría de Bonfante y no- por lo que dice Albertario, que no tuvo en consideración las fases de evolución del instituto, y se atuvo a una idea abstracta del mismo, sino - porque no vió en el vocablo posesión un resumen de los antiguos supuestos que ya hemos mencionado. La misma afirmación de Bonfante de que-

la posesión era una ocqsión y no una tutela de la posesión, la que se explica en la etapa de la recepción de la mayoría de los supuestos por el Derecho, le debió facilitar el camino a la comprensión del problema, de la que se vió alejado por el obsesionante influjo que sobre su espíritu ejerció la teoría de Savigny.

Veamos ahora el criterio de Albertario; se halla un poco desdibujado por la erudita preocupación que en su Corso manifiesta; se paga más por la necesidad de atenerse a los textos y a las interperlaciones que en ellos ve que por la misma naturaleza del problema. En primer lugar nos parece extraño que si él admite y con certeza que en la primera fase de la evolución de este instituto se utilizara la frase utendi et fruendi, viera no obstante en la posesión un señorío semejante al dominio. La economía rara vez se concilia con la orgullosa manifestación de poder militar y religioso. El fenicio no entiende la razón de hidalguía que justifica la razón de ser del militar. Albertario mismo reconoce el origen y fundamento de la propiedad fuera de las motivaciones crematísticas, no se ve en consecuencia que a continuación insista en que el mero hecho de sacar los frutos de la cosa haya podido determinar su existencia. Observa luego y con razón la degradante situación en que se colocó al acreedor prendario, al precarista y al secuestratario. Pero le objetamos que no haya comprendido que ese era una lógica consecuencia de que tales situaciones se hubieran incluído dentro del mismo derecho civil. Hubo degradación es cierto, y se consideró que el precarista, el acreedor prendario y el secuestratario poseían nomine aliene, pero cosa rara, en ningun momento se dudo que tuvieran derecho a los interdictos, no obstante que se rebajara el secuestro al depósito y el precario al comodate. Pero ello se explica: una vez que se incorporen al derecho tales situaciones, qué problemas podían plantearse? con respecto a la prenda sólo había uno, quién era de los dos el acreedor o el que lo había dado en garantía, el que podía usucapir? Y con respecto al precario subsistiría la duda si convertido el mismo en depósito podría aún subsistir la vieja relación de posesión. Siempre hubo el mismo problema una vez que se integraren dichas situaciones dentro del régimen jurídico, subsistiría o no la tutela interdictal?

Es evidente que la teoría de la causa, preocupación básica de-los bizantinos, fué la que tuvo mucho que ver en la ulterior confusión-que sobre la materia se produjo. Reducidos por razones de evolución el secuestro a depósito y el precario a comodato, se habituaría la gente a considerarlos como situaciones similares y protegidos por acciones in - personam y se desperfilaría de ese modo el viejo criterio que les servía de fundamento como posesión.

Pero aunque había diferencias era indudable que no era porque en el depósito, la locación, el comodato se poseyera la cosa a nombre-ajeno, sino porque eran situaciones que no habían estado comprendidas por la simple razón de que no existían en las primitivas épocas.

Es fácil comprender que en la época postclásica tuviera mayor importancia la posesión justa, fundada en título o causa que condujera a la usucapión; el proceso de relevancia de esa hipótesis comienza ya-con el emperador Constantino C.7, 32, 10: no puede considerarse poseedor el que aunque tenga la cosa con el cuerpo vacile o dude sobre el-derecho de posesión, Albertario op.cit.p.26. Y así enseñó Teofilo Parafrasis, Inst, 2, 9, 4: Pero ni el que tiene usufructo, puede usucapir. Primero porque no posee, pues sin posesión la usucapión no precede. Es en verdad posesión poseer con animo de dominante", ver edic.de Genove - 1620. En las Basílicas, 50, 2, 61, se lee: según las leyes la posesión es la detentación con ánimo de dominante: citado por Albertario, op.cit.p. - 27. El mismo Teofilo dice en el pasaje anteriormente mencionado: "sin-verdadera posesión no precede la usucapión; entonces en verdad se entiende que alguno posee cuando tiene la cosa con ánimo de dominante"

Se elevó así, enseña Albertario, al grado de verdadera posesión la del que detiene la cosa con posibilidad de usucapirla, aún sin que - realmente la tuviera en su poder. Por eso afirma Albertario que en tal-época " la posesión se adquiere sin la entrega material de la cosa, aún todavía sin la material presencia de la cosa: la tradición fué una de las instituciones que sufrieron mayormente por la lucha entre derecho imperial y los derechos locales en la época postclásica".

Y menciona luego la aguda observación de Arangio Ruiz sobre

C, 4, 3, 1, 72, constitución de Teodosio, Arcadio y Honorio, que halla en la misma ideas completamente distintas al pensamiento romano, como la de la que transfiere el dominio de los fundos es la escritura, dando por supuesto que la declaración comprobada del escribano de que la traditio había tenido lugar se consideraba como si realmente se hubiera efectuado.

La espiritualización que había sufrido el derecho en virtud de la influencia helénica no sólo superaba los antiguos formalismos, sino que se llegaba al contrasentido más profundo desde el punto de vista de las viejas ideas, de considerar que la posesión podía constituir un derecho y que como consecuencia de ello debía estar provista de un "animus" que era el "animus" domini". Ihering debía haber reservado todo el arsenal de sus críticas contra el pobre Paulo para los comentaristas bizantinos. Así se explica que dicho animus bastara para hacer conservar la posesión jurídica al prisionero de guerra, al dueño cuyo fundo fué abandonado por el esclavo o el colono, o enajenado por un procurator infiel. No se ha olvidado la posesión que produce los interdictos de modo que aún en tales supuestos el que detentaba la cosa podía gozar de ese amparo frente a terceros pero se hallaba en inferior condición ante el que poseía por derecho, Albertario, op.cit.p.28.

De todo lo que se deduce que la diferencia entre posesión de derecho y posesión de hecho no pertenecía a los jurisconsultos de la época clásica, sino que constituye una construcción bizantina, producto de un tiempo en que la posesión de por sí había perdido, fuera de la tutela interdictal toda significación propia, y se buscaba fundamentarla dentro de categorías jurídicas, convirtiéndola de una institución de hecho en una institución jurídica.

La prevalencia de tales concepciones determinó que se terminara por degradar la posesión del precarista, la del acreedor prendario y finalmente la del secuestratario, convirtiéndolos en casos de mera posesión natural. Pero en igual categoría se incluyó la situación del que poseía la cosa de mala fé, con o sin título, o aún la del poseedor de buena fé sin título.

Cuando la posesión dejó de tener un lugar preponderante en la vida jurídica de la comunidad, cuando como consecuencia de la progresiva pero segura absorción de las antiguas situaciones que dentro de las realizaciones de la organización jurídica se llevó a cabo, se transformó la posesión en un juguete dialéctico que la imaginación de los juristas tuvo muy en cuenta para la realización de teorías abstractas, muchas veces ajenas a la realidad de los problemas que preocupaban a la colectividad.

Nos preguntamos qué queda de la teoría de Savigny sobre el animus domini? Si la misma en cierta medida fué exacta cuando por obra de los bizantinos se llevó la posesión a la categoría de derecho, no obstante ello aún su idea fué imperfecta porque no podía alcanzar tal dignidad la posesión del que detentaba la cosa de mala fé o sin título alguno. Qué quedó de la teoría de Ihering cuyas categorías históricas que reducían, según él, la teoría de la tutela posesoria, se verían contradichas por una realidad totalmente diferente? Para Ihering la posesión es un concepto amplio que se puede ver restringido por razones momentáneas propias de un ordenamiento determinado. Para los romanos no fué sino una anomalía de un sistema estructural imperfecto, limitado por la vieja concepción del derecho quiritario y feudal. Cuando las trabas que este imponía se rompieron, cuando se abrió paso una libre concepción de la floreciente economía y terminó por incorporarse la posesión a la vida jurídica, poco jugo podía extraerse de una idea que pertenecía ya a los siglos pasados.

La posesión, fenómeno originario en viejos tiempos, se había ido poco a poco introduciendo dentro de las vías normales de la regulación jurídica, y con ello había ido perdiendo su propia personalidad como figura autónoma.

Por eso si en algún momento se consideró el animus como elemento subjetivo de la posesión, ello sólo pudo ocurrir en el período bizantino del Derecho Romano, y aún entonces la subjetividad fué siempre relativa, desde que se tenían en cuenta la existencia de la causa a los efectos de determinar que determinada persona pudiera detentar

la cosa en carácter de posesión civil.

Resumiendo cuanto antecede podemos concluir que se equivocó Savigny cuando elaboró su teoría del animus como elemento subjetivo, pues ni aún en la época de Justiniano halla su razón de ser, ni tampoco Ihering pudo lograr la superación de la tesis de Savigni, ya que la posesión en lugar de resultar una institución que se ampliaba, se restringia a medida que en sus distintos casos era incorporada al derecho. Y cuando practicamente terminó por asimilarse en la casi totalidad de los supuestos, se elaboró una doctrina jurídica de la misma que estaba muy lejos de corresponder a la primitiva idea originaria que de ella se había tenido.

Era lógico que si los supuestos posesorios se incorporaban al derecho deberían con el transcurso del tiempo perder su primitiva y característica fisonomía degradándose, como dice Albertario, a una posición inferior cuando se trataba de vínculos que se asimilaron a otros de carácter contractual, o elevándolos a la altura de la propiedad como cuando se trató de la posesión de buena fé y con título que permitía la usucapión. De ese modo se hizo resaltar ese tipo de posesión convirtiéndosela en un derecho, mientras que las otras clases: la del acreedor prendario, del secuestratario y del precarista se rebajaron a la categoría de posesión natural pues la prenda, el secuestro y el precario fueron absorbidos por causas contractuales: el secuestro se convirtió en depósito y el precario en una forma del comodate.

Dice Albertario, op.cit.p.29 "La expresión precario possidere deviene en las tardías constituciones... la antítesis del possidere; los precario possessores se confunden con los Conductores (locatarios); se habla de cosa locada también para los precaristas". En C, 7, 39, 2, se dice que los que poseen una cosa en precario en realidad no poseen sino que la detentan para este mismo, para que por ello deban pagar el precio acostumbrado, de modo que no pueden invocar la Constitución de Constantino que establecía que no debía indagarse el origen de la posesión una vez transcurridos 40 años, y el mismo razonamiento se aplica a los locatarios: la constitución es del año 365 de nuestra era. En C. 8, 4, 10, se castiga a los locatarios y a los detentadores de la ajena po-

sesión entre los que se incluye a los precaristas, que no restituyan la cosa a los locadores o poseedores de la misma:año 484 d.J.C. La asimilación entre los conductores(locatarios)y precaristas se observa también C.4, 65, 33, año 484 de J.C.:ver Albertario, op.cit.p.29.

Paulo en D.41, 2, 3, 75 dice que varios no pueden in solidum poseer la misma cosa a la vez, pues es contrario a la naturaleza que lo que yo tengo, lo tengas tú al mismo tiempo.Sabino empero opinaba que el que recibía en precario poseía y lo mismo el que daba en precario, pues Trebacio consideraba que al mismo tiempo podía poseerse la misma cosa por uno justamente y por otro injustamente, en cambio lo que no era posible era que dos poseyeran simultáneamente justa o injustamente.Pero Labeon le reprochaba diciendo que en la cima de la posesión no interesaba que se poseyera justa o injustamente, por lo que Paulo concluía que dos o más no pueden poseer simultáneamente la misma cosa por el todo.

La misma cuestión, como enseña Albertario a quién seguimos se planteaba en D.43, 26, 15, 74:el que rogó en precario posee, el que dió en precario, posee también? Este fué dudoso.Y era dudoso porque existían las opiniones de Sabino y Trebacio, de que uno, el precarista, podía poseer iniuste, y el precario dansiuste.Los compiladores de Justiniano que habían rebajado la posesión del precarista a la categoría de tenència, dieron la solución señalando que el precarista poseía "corpore" y el precario dans, el dueño, tenía la verdadera posesión porque no había perdido el animus:Albertario, op.cit.p.30.Y en 43, 26, 22, 71 alteran el texto de Venuleyo y le hacen calificar la posesión del precarista como posesión natural, cuando la razón que debía contener el texto genuino era de que el pupilo no necesitaba la característica del tutor en el caso de rogar la cosa en precario porque era una adquisición de hecho y no de derecho.

De ese modo los bizantinos convirtieron, sigue diciendo Albertario, la posesión del precarista en posesión de tención y al mismo tiempo de injusta que era la transformaron en justa pues habían convertido al precario en un contrato innominado:D.50, 17, 23.Todos los textos, dice Albertario, que califican de justa la posesión del precarista están interpelados.

Algo similar ocurrió con la posesión del acreedor prendario - que terminó por ser una posesión natural, a nombre ajeno, y se la convirtió de injusta en justa fundada en el contrato de prenda: D.6,2,13, 7 1, D.9,4,22: Albertario, op.cit.p.31. En la época clásica el acreedor-prendario poseía pero sin justa causa; para los compiladores de Justi - niano fué en cambio un tenedor pero con justa causa; su posesión se - calificó de natural; de ahí que diga Albertario que en D.10,4,1,3, - 715 estén interpeladas las palabras "non selum eum qui civiliter, sed- et eum qui naturaliter incumbat possessioni". El texto genuino de Ulpia no decía según Albertario que la actio ad exhibendum procedía contra- el poseedor como el acreedor prendario, y Pomponio en el fragmento- 4 de ese libro y título añadía que también podía ejercitarse contra el tenedor; degradada la posesión del acreedor prendario a la clase de - tenencia se la equiparó a la del comodatario y locatario y se la calificó de natural o de posesión corporal o corporaliter: D.13,7,40,72 ; D.41,2,1,715. Con el secuestro pasó algo parecido: se lo asimiló al de pósito: Albertario, op.cit.ps.33 y ss.

En la época clásica el efecto fundamental de la posesión era- la tutela interdictal; en la época de Justiniano fué en cambio la adquisición del dominio por medio de la usucapión. De ahí que a esta posesión que llevaba a la propiedad se la considerara como la verdadera- posesión y se la calificara de civil y hasta se la tuvo por un derecho, mientras que a los otros casos que también otorgaban la tutela interdictal pero que no producían la usucapión se los rebajó a la categoría de detención o tenencia.

Pero aún así el animus domini no constituye un elemento subjetivo pues se halla referido a la causa y por consiguiente se basa en - criterios objetivos que nada tienen que ver con el fuero interno del individuo.

268o.- Naturaleza de la posesión.- Por la falta de una cabal comprensión del problema se han vertido por la doctrina las opiniones- más dispares sobre la naturaleza de la posesión.

Savigny señala que desde el punto de vista de la usucapión no

puede plantearse el problema de cuál es la naturaleza de la posesión ya que esta es en tal caso sólo un elemento para la adquisición de la propiedad.En cambio tratándose de la possesio ad interdicta las cosas cambian.Y bien, para este autor los interdictos se refieren a las obligaciones, de dónde si bien la posesión es un hecho, la violación de la misma configura un acto ilícito, un ataque contra la personalidad del titular que se sanciona con la tutela interdictal;de dónde, según Savigny, la violación de la posesión acarrea, produce obligaciones nacidas de los delitos.Otros en cambio como Ihering sostienen que la posesión es de por sí un derecho, y en especial un derecho real.Para Bonfante - la posesión no es un derecho sino la ocasión que determina la tutela- jurídica;de por sí, dice este autor, la posesión no se defiende sino que se tolera;por ejemplo la pérdida de la possessio por caso fortuito no - halla remedio alguno jurídico, sólo la violación de la misma y si se - cumplen ciertos requisitos, encuentra el amparo legal debido, en cuyo caso no se trata tanto de tutelar la posesión sino de mantener o de restablecer el estado de hecho turbado o amenazado.

Albertario distingue entre la época clásica y la postclásica;- durante la primera la posesión fué un hecho;en la segunda se la consideró un derecho.

Ya hemos visto que la posesión fué un fenómeno económico y social que nació al margen de la regulación jurídica, y al que esta - terminó por darle recepción dentro de sus instituciones.En el interin - sin embargo se elaboró, como se ha dicho ya una tutela especial fundada en el imperium de los magistrados.La posesión constituyó entonces un poder económico sobre las cosas corporales que se hallaba, en determinados casos, amparada por vía de los interdictos.Su naturaleza no - era solo de hecho, sino que tenía además un contenido económico y social relevante que justificaba la protección que se le dispensaba. Lo- que esencialmente la caracterizaba era la función que la economía asignaba a las cosas en el proceso de la producción y del intercambio. No podía ser entonces un derecho por la simple razón de que para - que hubiera derecho era menester que un interés estuviera protegido- por la acción, y la posesión por definición se hallaba excluída de esa tutela.

Cuando la posesión perdió su independencia en gran parte de- las situaciones que constituían su primitivo contenido, y fué recibida- por el derecho objetivo pasó a ser un elemento secundario dentro de - instituciones más amplias, fué así un elemento de la propiedad o del - derecho real de prenda, y en tales casos en vano podría pretenderse de terminar la naturaleza de la posesión. Sólo en la medida que esta de - sempeñe un rol autónomo cabe plantear la cuestión de su naturaleza, - pues como accesorio sólo puede participar de la naturaleza de lo principal. Se dirá que aún entonces la posesión conserva cierta independencia en virtud de la tutela interdictal que la caracteriza aunque se haya involucrado dentro de otras instituciones jurídicas por vía de la recepción, pero si es así entonces la posesión seguirá siendo un hecho económico y socialmente relevante y nada más, que debe tutelarse con prescindencia de si constituye o no el elemento de un derecho, porque así lo exige la comunidad y el libre y pleno desenvolvimiento de la - economía. A veces la misma mantiene su antigua independencia como- en los supuestos del poseedor de buena fé sin título, o del de mala fé- con o sin causa. Por siempre participa de la misma naturaleza: es una - creación flexible de la organización social, a la que el derecho le reconoce por sí misma ciertos efectos. Se dice que la posesión no se tutela por sí misma, sino que con ocación de la misma se otorga el amparo de la ley, más procurando mantener el estado de hecho que evitar la - pérdida de la posesión. Pero la explicación no convence; la circunstancia de que efectivamente los interdictos tengan carácter personal no- es óbice para desconocer que la posesión se protege por si misma, pues si la cosa pasó a terceros contra los cuáles no pueda ir el despojado, - no por ello ha de deducirse que no se tutela la posesión en sí, sino que como lo prueba el breve tiempo dado para ejercitar los interdictos, resulta innecesario luego de cierto plazo proteger de por sí ese poder económico y social. Pero además cabe señalar que no estando de por sí protegida la posesión por acción resulta imposible concebir que la misma pueda tutelarse in rem o in personam; sólo la actio tenía "intentio" que era la parte de la fórmula que podía distinguir uno ú otro tipo de- acción. En consecuencia cómo la posesión se protege por la vía interdic

tal, el interdicto es una orden o una prohibición y como tal debe revestir necesariamente carácter personal: se dirige a una o a personas determinadas. Como luego sobre la base del interdicto se estructura la acción y el debate radica en determinar si aquél a aquéllos a quiénes se dirigió le cumplieron o no, se explica que la actio revistiera el carácter de in personam, pero el mismo hecho de que el fundamento de la intentio estribaba entonces en el decreto del magistrado de por sí debió llamar la atención de los que han procurado de una u otra manera calificar a la posesión de un derecho, olvidando que los romanos no hablaban de derechos subjetivos reales o personales, sino de acciones in rem o in personam.

Las antedichas particularidades del procedimiento son las que explican de la mejor manera la desconexión que hay entre la posesión y la tutela de la misma. El debate judicial ulterior no versaba sobre la posesión sino sobre la orden del magistrado, de ahí las características que presenta la vía interdictal, comunes por otra parte a todas las clases de interdictos, aún a aquéllos que no se referían a la possessio.

De ahí que aunque pudiera discutirse el fundamento del interdicto negando que en el caso no se hubiera acatado, siempre la discusión versaba sobre el mismo, cabiendo aún la posibilidad de lograr la tutela y triunfar en la ocación subsiguiente aunque nunca se hubiera tenido la posesión. Los interdictos posesorios, se dice: no protegen la posesión en sí sino que procuran mantener o restablecer el estado de hecho, pero no es lo mismo? qué es el estado de hecho sino la relación económica de la cosa y el sujeto? y qué es ello sino la misma posesión.

La posesión no es un derecho sino un estado económico y social que como tal se protege por medios especiales, los interdictos. Sólo en la medida que la posesión se subsume en otra figura mediante la directa tutela por la acción se convierte en un derecho, como ocurre con la propiedad, el derecho real de prenda, la posesión de buena fé, con título que permite usucapir protegida por la acción Publiciana in rem; pero en todos estos supuestos es indudable que la posesión se ha convertido en un elemento de una institución más amplia.

269o.) Clases de posesión.- Paulo en D.41, 2, 3, 722, dice que el género de la posesión puede dividirse en dos especies, porque o se posee con o sin buena fé. Señala Albertario que hay dos conceptos de la posesión de buena fé; uno lato que se refiere al que posee aún sin título alguno pero en la creencia de que no se lesiona el derecho del propietario. En sentido restringido en posesión de buena fé la que consta además de causa y posibilita la adquisición del dominio mediante la usucapión. En este último sentido, agrega, la posesión es un derecho y se halla tutelado aún de la pérdida fortuita por una acción: la actio Publiciana in rem, op.cit.p.50. Cuando en cambio se posee la cosa a sabiendas de que se carece de todo derecho y en perjuicio de otro, la misma es de mala fé, posesión que en la época bizantina, y siempre siguiendo a Albertario, constituye un caso de posesión natural, o sea degradada a la categoría de tenencia.

Se llama injusta la posesión que con respecto a una persona determinada ha sido adquirida con los vicios de violencia, precario o clandestinidad; se trata de una posesión viciosa, con esta particularidad que dichos vicios sólo son relativos y excluyen la tutela posesoria, salvo que se trate del interdicto de vi, frente al adversario; contra extraños en cambio suele aprovechar la posesión viciosa: Venuleyo D.41, 2, 3; Paulo D.43, 17, 2. Ello significa que si pierde la posesión por obra de aquél a quién había desposeído con violencia o clandestinamente no del que tenía la cosa mediante precario no gozaré de la tutela interdictal, no así si en cambio es un tercero el que me despoja o turba mi posesión. Por el contrario se dice que la posesión es justa cuando no es viciosa frente al adversario.

Suman, citado por Albertario op.cit.p.51. distingue tres épocas con respecto al sentido que se dió a la justa possessio: en la primera tuvo el significado ya mencionado de posesión que no era viciosa, en la etapa clásica se la confundió con la posesión de buena fé, Gaio 2, 95; y con Justiniano con la posesión ex iusta causa. Donatuti mencionado también por Albertario, sostiene que la posesión justa es la que conduce a la usucapión; al principio era la exenta de los vicios mencionados porque no se requería más para usucapir; luego cuando se exigió la bue-

na fé y el título, se consideró justa la que reunía también estos requisitos, pero no era un nuevo concepto sino una evolución acorde con la que había sufrido la teoría de la usucapio.

Albertario enseña, op.cit.p.52, que en tiempos de Justiniano la posesión justa es la que se basa en una justa causa, sea o no apta para producir la adquisición del dominio por usucapión; muchas veces no lo es, es más se halla justa la posesión del acreedor prendario, del precarista, del secuestratario que por definición no pueden producir aquél efecto, Esos casos en la época clásica se habían considerado como de iniusta possessio.

En el período clásico la possessio ex iusta causa se diferencia de la possessio iusta pues la primera es la posesión "que tiene su base en una relación con el anterior poseedor que en sí misma sería apta para justificar la adquisición de la propiedad"."Si dicha adquisición no se ha operado de inmediato, ello depende, por lo general, del hecho que el poseedor precedente no era propietario":Albertario, op.cit.p.55.Paulo D.41,2,3,721, Justas causas eran la compra, la donación, la dote, el legado, la herencia, la dación noxal, la misma posesión tratándose de res nullius susceptibles de apropiación.Entonces la possessio ex iusta causa era un elemento de la posesión justa:constituía la causa o el título, que junto con la buena fé conducían a la usucapión.Se la llamó también posesión civil por oposición a la possessión ad interdicta;civil porque se fundaba en una causa "reconocida por el derecho civil:causa conforme al ius, esto es justa":Albertario, op.cit.p.56.

Para los jurisconsultos clásicos la possessio pre sue estuvo contrapuesta a la possessio pre emptere, pre donate, pre herede, pre dete, y se basaba o en la posesión de una res nullius, o de una cosa que existe por obra nuestra, o de los frutos de la cosa, o de cosa "que es objeto de posesión y puede ser usucapida, pero por una causa diversa de aquélla por medio de la cuál se ha adquirido (antes de las nupcias no como dote, sino pre sue usucape)" Albertario op.cit.p.57.En tiempos de Justinia no empero se alteró el sentido y se consideró como possessio pre sue la posesión de buena fé, fundada en un título putativo, que permitía la usucapión.El título putativo es una causa inexistente aún que por error-

justificable el poseedor cree de buena fé que existe.Pasó entonces a indicar una posesión con ánimo de dueño, bonae fidei.

En la época clásica el corpus y el animus son dos elementos y nada más que elementos que reunidos configuran la posesión, pero en tiempos de Justiniano se distinguío entre la possessio corpore y la possessio anime:la primera indica la tenencia, o sea la posesión en nombre ajeno, y la segunda señala la posesión animus domini.

Para los clásicos existía la simple possessio, la posesión civil y la posesión natural.La primera era la posesión, la segunda era una posesión calificada, o sea posesión fundada en justa causa, y la posesión natural era la simple detentación de la cosa;en cambio los compiladores de Justiniano incluyeron los casos de simple posesión dentro de la posesión natural y consideraron a la posesión civil como la que era apta para usucapir.

270o.) Quiénes pueden poseer.- En principio sólo puede poseer el ser humano;la posesión sólo puede recaer sobre cosas patrimoniales, esto es que se hallan en poder de los hombres, de ahí que se excluyera la posibilidad de que los bienes afectados a fines trascendentales y desprovistos de titular, como los de los municipios pudieran ser susceptibles de posesión.No obstante la necesidad de que los mismos cumplieran un destino económico determinó que se llegara a concebir por medio de ficción que pudieran también considerarse como poseidos por el municipio:Paulo D.41,2,1,722.Primero se admitió que pudieran poseer por medio de los esclavos propios las cosas que adquirieran através de sus peculios:opinión de Nerva hijo, aunque se le objetó que el municipio no tenía la posesión de esos esclavos, y por fin se terminó por reconocer que los municipios pudieran poseer y usucapir:Ulpiano-D.41,2,2, fuera por acción de sus esclavos o por sus síndicos o actores.

No todas las personas físicas pueden poseer;los esclavos por carecer de toda personalidad no pueden hacerlo a nombre propio:D.41 2,24.El hijo de familia que era un instrumento de adquisición para su pater tampoco podía ser titular de la posesión, salvo que se tratara de cosas pertenecientes al peculio castrense.Con el desarrollo del peculio cuasicastrense y de los bona adventitia se fué extendiendo la capacidad del alieni iuris libre a este respecto.

Para poseer se requiere la libertad y la conciencia de la misma de ahí dos consecuencias que señala Albertario: 1o.) el hombre libre - que se cree esclavo ajeno y es poseído por otro, no puede poseer por - si mismo: D. 41, 2, 1, ỳ 6; 2o.) cuando el pater cae cautivo, la posesión del hijo de familia queda en suspenso D. 41, 3, 44 ỳ 7 hasta que por la vuelta de aquél o por su muerte en cautiverio se decida el estado del filius.

Que si el sujeto que era alieni iuris comienza a poseer una cosa creyendo hacerlo a nombre del pater e ignorando que este ha muerto y se ha hecho sui iuris? En D. 41, 3, 44 ỳ 7 Papiniano responde diciendo que puede usucapir. El fragmento sirvió a Ihering para corroborar su refutación de la teoría de Savigny, pero Alibrandi, según Albertario, op. cit. p. 78, demostró que el texto está interpelado.

Se exige además la aptitud suficiente del sujeto para que pueda comprender el alcance de la relación que detenta con respecto a la cosa; de ahí que no pueda ser titular de la posesión el que no puede - por alteración de sus facultades mentales, salvo que obre en un intervalo lúcido; comprender el alcance de sus actos, o el pupilo sin la auctoritas del tutor, aunque con respecto a este último caso se admitió que si tenía el necesario discernimiento pudiera adquirir la posesión aún - prescindiendo de la intervención del tutor: Paulo D. 41, 2, 1 ỳ 3. Por razones de utilidad se admitió que el infante pudiera poseer con la auctoritas del tutor, pues de lo contrario se hubiera visto imposibilitado - de adquirir la posesión; se trataba de una excepción pues se comprende que el menor de siete años no puede tener conciencia de la vinculación económica y de hecho que la posesión significa entre el sujeto y la cosa.

271o.) Que cosas pueden ser objeto de la posesión.- Se hallan excluídas de la posesión las cosas del derecho divino: sagradas, santas y religiosas, D. 41, 2, 30 ỳ 1, Albertario, op. cit. p. 80. Tampoco eran susceptibles de posesión las cosas comunes, las públicas y al - comienzo, como ya hemos visto, las de las universitates. El hombre libre no puede ser poseído, solo por excepción se admite la posesión - cuando de buena fe se lo tiene en el propio poder creyéndolo esclavo

D. 41, 3, 44 pr.

La cosa debe en consecuencia estar o ser susceptible de estar en el patrimonio para que pueda recaer sobre ella la posesión; además se exigía que fuera una cosa corporal, aunque en la época de Justiniano ver Albertario, op. cit. p. 80, se extendiera la idea de la posesión a los derechos, y debe ser cierta y tener individualidad, ser autónoma como la llama Albertario, op. cit. p. 81.

Tratándose de cosas compuestas, ex cohaerentibus o ex distantibus se poseen los conjuntos, no las cosas simples que los componen: se posee el edificio, el buque, no los elementos de que los mismos están constituídos o que los integran para el cumplimiento del destino que tienen señalado.

272o.) Coposesión.- Dos o más personas no pueden por el todo (in solidum) poseer la misma cosa al mismo tiempo, pero se admitió con la espiritualización progresiva de la posesión, que pudieran poseer la misma cosa pro indiviso, o sea por partes alícuotas, imitándose así la figura jurídica del condominio. En la época clásica, enseña Albertario, op. cit. ps. 85 y 86, se exigió que el animus de cada coposeedor recayera sobre una parte cierta de la cosa; a una cuota determinada: D. 41, 2, 3, 2; F. 41, 2, 26. En tiempos de los compiladores desapareció tal requisito como surge de la interpelación de D. 41, 3, 32 ỳ 2, ver Albertario, op. cit. ps. 85 y 86.

Una de las cuestiones mas debatidas ha sido la referente a si pueden darse los interdictos entre los coposeedores; la mayoría de la doctrina se pronunció en forma afirmativa; ver Albertario, op. cit. ps. 86 y 87, que la restringe a la época de Justiniano, pero no la extiende al período clásico del derecho romano.

273o.) Adquisición de la posesión.- La posesión, decía Paulo, se adquiere corpore et animo, o sea que no basta la detentación corporal de la cosa aún con la consciente significación de lo que ello implicaba económicamente pues sino se daba igualmente el "animus" era imposible que se pudiera ver en la referida vinculación el sentido que la comunidad le asignaba al vínculo. Era necesario en consecuencia que la referida detentación se incluyera dentro de alguno de los supues

tos que en pretéritos tiempos habían merecido la tutela interdictal por hallarse al márgen del derecho civil. El animus con su contenido esencialmente objetivo determinaba la existencia de la posesión, y no era otra cosa que la referencia a alguna de las viejas posiciones ya mencionadas correspondientes al primitivo período del derecho civil.

No bastaba con detentar una cosa, era necesario igualmente que la referida detentación con respecto al criterio objetivo de la comunidad asumiera el sentido que la misma, en función de las ideas económicas lo daba. A esto se quería referir cuando se mencionaba el animus.

Para que se adquiera la posesión deben concurrir en consecuencia los dos elementos: la detentación física de la cosa y la causa que justifique que dicha relación entre el sujeto y el objeto constituye posesión. La detentación física no se entiende en forma absoluta: asi no se requiere recorrer toda la superficie del inmueble para adquirir el corpus, basta con entrar, Paulo D. 41, 2, 3 ¶ 2: el jurista añade una consideración subjetiva: siempre que lo haga, dice, con la intención de querer poseer hasta los confines. Es mas con igual criterio se puede poseer una parte determinada del fundo y adquirirla también por la larga posesión si es que hay además título y buena fe. Lo que no se puede poseer en cambio es una cosa incierta o una parte incierta de la misma: D. 41, 2, 3 ¶ 2; D. 41, 2, 26.

No es necesario para adquirir el corpus que se toque la cosa de cuya posesión se trata; puede adquirirse con los ojos y la intención o afecto como ocurre si dió orden al vendedor en presencia de la cosa comprada que la entregue a mi procurator y así lo hace; o a mi deudor de que pague lo que me debe a otro, o bien si se trata de cosas que no pueden moverse como las columnas que se tienen por entrega das por medio del consentimiento prestado por las partes ante las mismas, y el vino de la bodega con la entrega de las llaves: D. 41, 2, 1 ¶ 21 Paulo. O si ordenara al vendedor que dejara la cosa en mi casa, si lo hace aunque no la hubiera tocado tendré la posesión, o si compré el fundo vecino y el vendedor me lo muestra desde una torre y me dice que me lo entrega con la vacua posesión: Celso D. 41, 2, 18 ¶ 2. O

si compro un lote de madera y el vendedor me ordenara que lo llevara y pusiera yo una custodia, con este acto se tendría por cumplida la tradición, o bien si compré anforas de vino: adquiero la posesión cuando el vendedor dice que las entrega y las tengo yo a todas al alcance de mis ojos, Javoleno D. 41, 2, 51.

Hay un objeto valioso enterrado en un fundo: el propietario lo sabe: adquiere la posesión por ese solo hecho o bien será necesario que remueva el objeto de su lugar? Para los proculeyanos bastaba con el simple conocimiento, y se decía entonces como también dice Javoleno en el fragmento citado anteriormente que en tales casos se adquiría la posesión "solo animo", entendiendo por animus sin duda la intención o factor subjetivo. Los Sabinianos en cambio opinaron que era menester que se produjera el desplazamiento de la cosa. Una singular teoría fue la de Bruto y Manilio que consideraron al objeto como accesorio del inmueble permitiendo así que con la usucapión del fundo se adquiriera aquél aunque el poseedor no conociera su existencia: D. 41, 2, 3 § 3.

El corpus constituye un hecho que no puede suplirse por vía de sucesión hereditaria: D. 41, 2, 23, Javoleno, Paulo D. 41, 2, 30 § 5, aunque en tales casos si hay justa causa que autorice a usucapirse puede continuar poseyendo por interpósita persona: el colono.

Para adquirir el corpus se requiere capacidad, pero como se trata de un hecho basta con que se tenga el suficiente discernimiento para la comprensión del acto: así puede adquirirlo un pupilo con suficiente desarrollo mental sin necesitar la auctoritas del tutor: nunca en cambio el furioso, tampoco en principio el infante: por razón de utilidad se suplió su incapacidad natural por una ficción: la interposición de la auctoritas.

Se puede adquirir la posesión por uno mismo o por medio de otras personas, aún las que no están sujetas a la ajena potestad, como el caso del procurator ya que la posesión es un hecho y no un derecho: D. 41, 2, 34 § 1. Claro que el corpus devendrá posesión si al mismo tiempo corresponde a una situación que se halla protegida por los interdictos. De ahí que el que ingresa al fundo del amigo para hacerlo

una visita detiene la cosa corporalmente pero no tiene la posesión: D. 41, 2, 41, Paulo. Savigny exige el animus domini que era uno de los casos en que conforme al viejo derecho había posesión; Ihering exige en cambio que por razones no exista una disposición del ordenamiento jurídico que excluya la tutela interdictal, lo que tampoco era cierto pues la posesión no era una institución abierta sino cerrada y restringida y en realidad contituía una anomalía provocada por la contraposición entre el derecho feudal y el nuevo liberalismo económico que se insinuaba dentro de la sociedad. La absorción que el derecho fue paulatinamente haciendo de los supuestos posesorios hizo prácticamente desaparecer la posesión volviendo la mirada de los juristas hacia ciertas importantes consecuencias de la antigua idea: la tutela interdictal. Se desplazó entonces inconscientemente el problema de la posesión hacia los interdictos, como en realidad había sido en los primeros tiempos. Y los interdictos superaban la esfera de acción de lo que en la época clásica se llamaría posesión. Mediante ellos, y en la medida que comportan un beneficio, pueden ampararse las mas diferentes situaciones, aún cuando todas sean jurídicas, sin necesidad de que se encuentre para que ello ocurra una relación económica entre el sujeto y la cosa. Volvemos así a nuestra idea de que sólo la mentalidad deformante de los juristas clásicos crearon la doctrina posesoria, que en principio y en virtud de la obra práctica de los pretores había girado en torno a algo de mas fundamental importancia: el amparo interdictal. Cuando los interdictos terminaron por considerarse acciones extraordinarias, como en la época postclásica, concebiría entonces la idea de un procedimiento mas rápido pero ello no fue obra de los juristas romanos o bizantinos, sino de los canonistas de la Edad Media.

Podemos adquirir la posesión por nosotros mismos o bien mediante los que se consideran una prolongación de nuestra personalidad, los hijos o esclavos sometidos a nuestra potestad, y en la época clásica todavía nuestra mujer in manu o el hombre libre sometido al mancipium. No era fácil en cambio considerar que se pudiera dar igual situación a través de la acción de un hombre libre que adquiriera la posesión para nosotros. La dificultad radicaba en el carácter personalísimo que con-

forme al derecho civil, al que imitaba el derecho de gentes, tenía la adquisición de las situaciones jurídicas y por ende de hecho. Pero por razones de utilidad se permitió que se pudiera adquirir la posesión por persona libre siempre que tomara el corpus a nombre de otro, aún ignorándolo este. Paulo D. 41, 2, 1 ỹ 20; C. 7, 32, 8, Diocleciano y Maximiano, aunque para que comenzara la usucapión se requería el conocimiento del titular del negocio.

Para que el procurator adquiera la posesión para el mandante se requiere que este le haya dado mandato para ello; si en cambio actuó espontáneamente sin previa orden del titular, es menester para que se produzca ese efecto que el dominus negotii ratifique la compra. Ulpiano D. 41, 2, 42 ỹ 1.

El que adquiere la posesión para otro debe tener suficiente capacidad de comprensión de lo que hace, o sea debe tener lo que Paulo llama "intellectum possidendi" D. 41, 2, 1 ỹ 9. Por consiguiente si mandamos a un esclavo propio furiosus a tomar posesión de una cosa no adquiere el corpus, D. 41, 2, 1 ỹ 10. Y si es un impúber será menester que posea discernimiento, D. 41, 2, 1 ỹ 11.

Para Savigny el corpus consiste en la adquisición física de la cosa u objeto, o sea en la disposición sobre el mismo, de modo de poder disponer de el a su arbitrio, con exclusión de cualquier otro. Su teoría ha sido objetada pues resulta difícil concebir que se pueda disponer de la cosa de modo de excluir la acción de un tercero, ver Albertario, op. cit. p. 88. Se ha considerado entonces que es el grupo social, la comunidad la que determina cuales son los criterios que deben seguirse para establecer si en un caso dado puede considerarse que la relación entre el sujeto y la cosa reviste el elemento material de la posesión. De ahí que Bonfante ver Albertario, op. cit. p. 89 defina el corpus así: "Es cualquier relación de hecho que en la economía y en la consciencia social permite actuar, cuando se quiera, sobre la cosa con exclusión de cualquier otro."

En esta materia como sobre las demás materias jurídicas hubo sin duda la evolución que señala con acierto Albertario; en los primeros tiempos se exigiría la detentación física, pero a medida que la co-

munidad progresaba y se espiritualizaba el derecho, se irían recibiendo nuevas formas mas sutiles las que tuvieron acogida en la época clásica, hasta que se llegó en el período bizantino a substituir el corpus material por el concepto ideal establecido por el legislador, al punto que no se llegó a admitir que existiera el poder de disposición de la cosa cumplidos ciertos requisitos legales aunque en realidad aquel no existiera, naciendo así, dice Albertario la "ficta traditio" creada por los compiladores de Justiniano.

"Para las cosas inanimadas, dice el citado autor, p. 90, la jurisprudencia clásica, abandonó la aprehensión material". Si se trata de cosas de nadie basta el descubrimiento (la inventio), y si son cosas ocupadas por otro, tratándose de la tradición, no se requiere el desplazamiento de la cosa, es suficiente con que la misma se encuentre presente. No requieren así la entrega material de la cosa los siguientes textos D. 41, 2, 1 §. 21, D. 46, 3, 79, D. 47, 2, 43 §. 2, aunque sí exigen la presencia de la cosa.

Formas especiales pero siempre aplicaciones del mismo principio la constituyeron la depositio in domo, D. 41, 2, 9 §. 3, y el colocar un guardían a las cosas: D. 41, 2, 51, o colocando los sellos a las mismas, D. 18, 6, 15 (14) §. 1, siempre que resulte claro que se lo hace para afirmar el señorío sobre las mismas y no para identificarlas D. 18, 6, 16 (15), D. 18, 6, 1 §. 2. Albertario, op. cit. p. 92.

Lo mismo ocurre con la entrega de las llaves del almacén donde se halla la mercadería si aquella tiene lugar cerca de este último: D. 18, 1, 74: los textos que prescinden de la vecindad del lugar están interpelados; en la época postclásica bastó con la simple entrega de las llaves aunque las partes no estuvieran cerca del depósito en virtud de que se la consideró un caso de tradición ficta. Están alterados así D. 41, 2, 1 §. 21, Paulo y D. 41, 1, 9 §y 6 Gaio y C. 4, 48, 2. El texto que queda, dice Albertario, op. cit. p. 95, y es genuino es el de Papiniano: D. 18, 1, 74.

Con respecto a los animales de caza se exigía la aprehensión material, aunque Trebacio admitió que se lo tuviera con respecto al animal herido mientras se lo persiguiera. Para los animales apresados se

tiene en cuenta las circunstancias, enseña Albertario, p. 96, para determinar si sobre ellos se tiene el corpus: D. 41, 1, 55; mas amplio era el criterio, dice el mismo autor, tratándose de esclavos pues estos como seres inteligentes tenían consciencia de su destino: D. 41, 2, 3 & 13.

Se llama traditio longa manu la que se lleva a cabo a la distancia. Con respecto a los inmuebles los juristas clásicos exigieron que por lo menos se entrara en el fundo o la casa para adquirir la posesión, aunque no se necesitara recorrerlos palmo a palmo. La duda se suscita en torno a un texto de Celso, D. 41, 2, 18 & 2 que admite que se haga la tradición sin entrar en el campo, señalándolo desde una tierra vecina. Pero los romanistas restringen la solución al caso de que el que adquiera la posesión sea el propietario de un fundo contiguo, con respecto al cual el otro deba considerarse una prolongación, y al que se lo muestra por el tradens desde una torre ubicada en el terreno del accipiens. Pero esa solución restringida se generalizó, dice Bonfante (ver Albertario, ps. 96 y 97) en tiempos de Justiniano.

Se llama traditio brevi manu la adquisición de la posesión por el que detentaba la cosa a nombre ajeno, cuando se cambia la causa con el consentimiento del poseedor, de modo que el tenedor se transforma en verdadero possessor. Existía, dice Albertario, op. cit. p. 97, entre Sabiniano y Proculeyanos una controversia al respecto, pues mientras los primeros consideraban que a los efectos de adquirir la posesión era necesario un traslado, una remoción de la cosa, los Proculeyanos en cambio sin que ello ocurriera admitían la posibilidad de que se transmitiera o adquiriera la posesión, por la sola voluntad o el solo ánimo sin necesidad de tradición. Justiniano, agrega Albertario, siguió la teoría proculeyana; resulta digno de señalar que se plegaran a la teoría de Próculo no sólo Juliano sino también Gaio, aunque Bonfante parece inclinarse a considerar el texto de este último D. 41, 1, 9 & 5 interpelado.

Dice Paulo en D. 17, 2, 1 & 1 que en la sociedad de todo el patrimonio todas las cosas de los contratantes de inmediato se hacen de los que integran la misma. Ya decía Bonfante que en tal tipo de socie-

dad no existía ni real tradición ni posesión de todos los bienes, de modo que la fundamental alteración que al principio c de la efectiva entrega se presentaba en este caso, solo podía explicarse por razones históricas. Y Bonfante explicaba el fenómeno por razones históricas, según las cuales al principio, al morir el paterfamilias los heredes sui constituían o solían formar tal sociedad, sin que fuera menester que se transmitieran la posesión de cosas que ya en vida del causante habían de hecho detentado, por lo que venía en definitiva a subsumirse tal hipótesis dentro de la categoría de la traditio brevi manu. Por ingeniosa que fuera dicha teoría, observa Albertario, op. cit. p. 98, el mismo Bonfante no pudo resistir al problema que los fragmentos ofrecen y terminó por admitir la interpelación de los mismos. La sociedad de patrimonio supone precisamente que estos corresponden a personas diferentes que tienen haberes independientes, de ahí que Riccobono leyera el fragmento citado en el sentido de que cuando dos o mas personas contratan tal tipo de sociedad se transmitían mutuamente la posesión de las cosas y también el dominio mediante la tradición, mancipación o in iure cessio, siendo los compiladores los que alteraron su primitivo sentido. Los proculeyanos, dice Albertario, op. cit. p. 99, admitían que pudieran adquirirse la posesión siempre y cuando se detentara la cosa anteriormente por cualquier título, mediante el cambio de la causa, pero los juristas de la época de Justiniano admitieron todavía más, o sea que permitieron que mediante que por el solo "animus" se pudiera llegar a tener la posesión

Por oposición a la traditio brevi manu surge el constitutum possessorium que constituye la inversa de aquella, ya que en este caso, el poseedor se convierte en tenedor. El que es propietario de una casa puede venderla y no necesita hacer la efectiva tradición de la misma, basta con que se transforme en inquilino o comodatario, en usuario o usufructuario de la misma, para que de ese modo se considere que ha mediado la transferencia de la posesión, aunque esta en realidad no se haya desplazado y el primero continúe en poder de la cosa. El problema es si la referida figura fue conocida por los romanos. Los viejos romanistas, dice Albertario, op. cit. p. 99 nolo dudaron. Solo se discutía si era necesario que mediara una causa o que bastara la simple decla-

ración del poseedor de convertirse en instrumento de la posesión ajena. Pero otros juristas mas modernos, según nos afirma Albertario, op. cit. p. 99, atribuyeron la institución al Bajo Imperio, sosteniendo que solo era posible en la etapa clásica que se adquiera la posesión por ajena - persona mediante la figura del procurator. Bonfante en sus Lecciones - de Pavía (1905-1906) (lo cita Albertario) decía que sin embargo la antigua tesis tenía su fundamento en la medida que existiera una causa - que justificara el cambio de la situación con respecto a la cosa. Pero - en Corso (1933) bajo la influencia de Schultz cambió de idea y consideró que los prudentes de la época clásica no tuvieron tal concepción del instituto. Albertario, c consecuente con su teoría que distingue - las diferentes etapas, admite solo que en la época clásica fuera posible adquirir la posesión por el procurator y que Justiniano la extendiera a cualquier persona libre, op. cit. p. 100. La espiritualización que en - tonces experimentó el Derecho en virtud de la influencia oriental explicaría tales resultados.

Inusitado resulta C. 8, 53 (54), 1 que decide que la entrega - de los instrumentos mediante donación de los esclavos comprados equivale a la tradición de los mismos, de modo que pueda contra el donante ejercerse la actio in rem. Se trata de un rescripto de Severo y Antonino, Albertario op. cit. p. 105. Riccobono sostuvo que el texto estaba interpelado, y en consecuencia que en tal supuesto por la simple entrega de los documentos no podía accionarse in rem. Para Albertario fue una solución justa que dieron los emperadores para evitar la influencia helénica para lo cual bastaba la tradición de los instrumentos, no obstante lo cual Justiniano dominado por dicho influjo terminó aceptando la solución provincial y modificando el antiguo sentido que el texto - tenía.

No diremos con Albertario que el animus possidendi requería un elemento volitivo, sino que el corpus de por si lo presuponía, de - manera que el furioso no podía, como ya hemos dicho, adquirir la posesión ni para si ni para otro. En lo que concierne al pupilo Bonfante sostiene que cualquiera fuera su edad en la etapa clásica se requería siempre la auctoritas del tutor, y que solo los compiladores de Justiniano hicieron la distinción entre el infante y el que poseía suficiente

discernimiento para comprender la naturaleza del acto que realizaba. Perozzi sostuvo en cambio que los pupilos infatia maioris podían ya en la época clásica adquirir la posesión sin la auctoritas del tutor, Albertario, op. cit. p. 107, tanto que los infantes con excepción de una disposición establecida por el emperador Decio, no podían hacerlo en ningún caso.

Albertario, op. cit. p. 107 se muestra conforme con que el infante no pudiera adquirir la posesión en la fase clásica del derecho ni aún con la auctoritas del tutor, sobre la base de que tampoco podía hacerlo las llamadas personas jurídicas ni la herencia yacente, a menos que hubiera un esclavo que tuviera peculio profecticio, considerando que siempre se equipara el infante al furioso. Y sobre todo teniendo en cuenta que la auctoritas tutoris vale en las fuentes en la medida que el impúber ha superado la edad de la infancia. De modo que los textos que admiten que el infante pueda adquirir la posesión se hallan interpelados; ellos son C. 7. 32, 3 Emperador Decio a Rufo, año 250; D.41, 2, 32, 72 Paulo, considerado interpelado ya por Pacchinoi, Albertario, op. cit. p. 109. Solo Justiniano admitió lo contrario, es decir que el infante pudiera adquirir la posesión con la auctoritas del tutor, Albertario, op. cit. p. 110.

En cambio en la época clásica el impúber infantia maior podía adquirir la posesión sin necesidad de la auctoritas del tutor D. 41,2, 32, 72; 43, 26, 22, 71; la razón estaba en que la posesión era una relación de hecho y no de derecho. De ahí que D. 41, 2, 1, 73 Paulo está alterado por los compiladores de Justiniano en cuanto dice"y el pupilo sin la auctoritas del tutor", "porque no tienen la affectio tenendi aunque detenga la cosa e con sus cuerpos", "pero el pupilo con la auctoritas del tutor comienza a poseer ", Albertario, op. cit. p. 111. No era necesaria en tiempos de Paulo la auctoritas del tutor para que el pupilo empezara a poseer. Los compiladores al decir: el furiosos y el pupilo sin la auctoritas, se refirieron al loco y al infante para el cual exigieron la acutoritas del tutor.

Obra también de Justiniano fue la regla que se adquire la posesión por el esclavo o el hijo de familia propios aún ignorándolo el

dominus o el pater; en la época clásica solo ello era posible en tanto en cuanto aquellos estuvieran enterados de que el alieni iureis tenía en su poder la cosa: este último solo tenía el corpus, pero el animus possidendi debía existir en la persona del que lo tenía bajo su potestad. Por razones de utilidad se admitió una excepción cuando se trataba del peculio profecticio; concebido este como un patrimonio de hecho, y dada la multiplicidad de relaciones a las que a través de su administración se hallaría sujeto, resultaría prácticamente enojoso y poco práctico que el pater tuviera conocimiento en cada caso de las cosas que adquiría el alieni iuris; de modo que se presumió en tales casos su conocimiento a los efectos de comenzar la posesión, aunque se mantuvo la necesidad de que tuviera real conciencia del hecho si quería usucapir. Como en la época postclásica se diluyó la diferencia entre lo queel hijo o el esclavo detentaban como peculio prefecticio o no, se extendió por Triboniano la excepción a todos los casos y como consecuencia de ello se alteraron numerosos textos del digesto.

Por un esclavo ajeno sobre el cual no se tenía justa posesión o el usufructo, no podía adquirirse la posesión en la época clásica:Gaio 2, 95, en cambio ello fue posible durante Justiniano quien alteró D.-41, 2, 34, 72, haciéndole decir a Celso lo contrario de lo que afirmaba, o sea que no era posible mediante el esclavo ajeno al que no se posee adquirir la posesión de una cosa.

Pero, podía comenzarse a poseer por medio de procurator? - Gaio, 2, 95, Albertario, op. cit. p. 120, indica que el punto se hallaba controvertido. Neracio que vivió bajo Trajano, consideraba resuelta o casi resuelta la cuestión, observa Albertario, op. cit. lec. D. 41, 3, 41, y bajo los Severos se afirmó el principio como indiscutido:Paulo Sent. 5, 2, 72, admitiéndose que el procurator adquiriera la posesión para el mandante aún ignorando este que la cosa estaba en poder de aquel. D. 41, 2, 49, 72. Se podía comenzar a poseer mediante procurator pero no se adquiría la propiedad por intermedio de él; con respecto a este punto se mantuvo la antigua prohibición de que no podía adquirir mediante la actividad de una persona libre: C. 4, 27, 1, Dio

cleciano; D. 3, 5, 23 (24) Paulo. La adquisición del dominio, dice Albertario, op. cit. p. 121, mediante procurator fue posible en la época de Justiniano que admitió la representación en la realización de los actos jurídicos, y como consecuencia de ello se interpelaron D. 41, 1 20, 72, Ulpiano; C. 7, 32, 8 Diocleciano y Maximiano.

Además en la época de Justiniano se perdió la categórica idea clásica, de que la excepción solo podía valer con respecto al procurator que es un administrador de los bienes de una persona y tiene por tanto permanencia y continuidad con los mismos, no considerándose en cambio que ello pudiera ocurrir con un simple mandatario o cualquier persona libre a la que especialmente se le diera el encargo de comenzar a poseer una cosa determinada para el que le daba el mandato. De ahí que los textos de las Pandectos donde se lee la frase "por persona libre" están interpelados, en especial D. 41, 1, 20, 72, Ulpiano; D. 47, 2, 14, y 17, Ulpiano C. 7, 32, 1, Severo y Antonino: Albertario, op. cit. ps. 123, 124 y 125.

Alibrandi, dice Albertario op. cit. p. 125, sostuvo que los textos de las fuentes que admiten que el pupilo o el menor puedan empezar a poseer por medio del tutor y del curador se hallan alterados. En la época clásica eso no era posible: solo se admitió como excepción la del procurator, de otra manera el infante hubiera podido adquirir la posesión mediante el tutor lo que no era concebible pues en tal supuesto el pupilo le faltaría hasta el animus. En D. 41, 2, 1 y 20, Paulo, se hallan interpeladas las palabras (tutorem curatoremve); el fragmento se referia al procurator, el único que se concibe que pueda o no acomodar su obra o trabajo. Otro texto alterado es D. 113, 7, 11 y 6: Ulpiano: el fragmento decía que no se puede adquirir la prenda por procurator; esto es el que en realidad será el titular de ese derecho y por ello es él el que debe ser demandado con la acción pignoraticia. No cambiando la solución el hecho de que por el emperador se admitiera que pudiera tomarse la posesión mediante procurator. Pues si bien es cierto que hemos convenido personalmente la prenda podemos lograr la posesión procurator, no podemos en cambio por esto adquirir el derecho real o sea el pignus.

Los compiladores alteraron el texto cambiando al comienzo la palabra "procuratorem" por "liberam", añadieron luego el "plorumque vol tutorem)" y con frecuencia no se adquiere por el tutor), y al término limitaron la decisión diciendo que la misma obligación, o sea el mismo derecho no siempre se adquiere para nosotros por persona libre, Albertario op. cit. ps. 126 y 127. También está alterado el fragmento de Neracio: D. 41, 1, 13 pr. y todo el párrafo 1: dice que si el procurator compara una cosa para mi en virtud de mi mandato y a él se le hubiera hecho tradición en mi nombre, adquiere el dominio para mí, esto es la propiedad, aunque yo lo ignorara, y el tutor del pupilo o de la pupila adquiere para ellos la propiedad aún ignorándolo. "Una cosa era que el procurator actuara como instrumento de la posesión ajena, recibiendo la cosa a nombre de otro, y muy otra, sin duda, que existiera representación en la adquisición del dominio, como se confirma con otro texto alterado que pertenece a Ulpiano D. 6, 2, 7, y 10.

Resulta lógico que en la época clásica se admitiera que se pudiera adquirir la posesión por quien tuviera en definitiva la administración de todo el patrimonio, fuera un hombre libre: procurator, o un esclavo, y que se concibiera entonces que la posesión pudiera tomarse aun que lo ignorara el titular de los bienes,. De ahí que fuera factible que el infante si tenía esclavo con peculio pudiera ser poseedor por intermedio de El. Pero el tutor que completa la persona del pupilo, o si gestiona lo hace a nombre y por cuenta propios, no podía adquirir la posesión para el infante ya que en tal caso hubiera tenido que suministrar no solo el corpus sino también el animus de la institución, es decir que para que ello fuera factible hubiera sido necesario que existiera la representación que es precisamente lo que no había. Admitida la representación por los compiladores de Justiniano, las dificultades, como enseña Albertario, op. cit. p. 128, desaparecieron.

En cambio es indudable que si en la etapa clásica no tenía importancia cuando se trataba de un alieni iuris con peculio prefecticio o un procurator de todos los bienes, a los efectos de adquirir la posesión que lo supiera o no el titular del negocio, tampoco interesaría el error que sobre el objeto pudiera cometer este último. D. 41, 2, 34, 71. En-

cambio solo podía considerarse irrelevante el error del procurator, en el caso de que el dominus no se equivocara, en la época de Justiniano cuando precisamente se admitió la representación. De esa manera es lógico que Albertario, op. cit. p. 129 considere interpelado en D. 41, 2, 34, 71 esta frase: "Sed si procurator meus erret, ege non errom, magis, est, ut adquiram possessionem". El texto clásico debía decir todo lo - contrario, que no adquiría la posesión ya que entonces no se conocía- la representación.

Parecido problema surgió con motivo de la tradición para transferir el dominio en el supuesto de que el esclavo o el procurator quisieran adquirirla para otro que no fuera el amo o el mandante. Juliano se pronunció por la nulidad: D. 41, 1, 37, 76 pero Ulpiano admitió que en tal caso adquiría la propiedad el verdadero destinario, D. 39, 5, 13 Albertario, op. cit. p. 129., quien señala que la solución mas benigna del segundo fragmento es probablemente interpelada, aunque ninguno- de los dos textos se refirieran a la tradición sino a la mancipación.

Con respecto al municipio se comprende que los clásicos no pudieran concebir al principio que pudiera poseer, pues para ello era necesario que existiera una persona, es decir un sujeto físico, desde que no era posible concebir la existencia de un ente ideal. Por eso era que los bienes del municipio como los de otras entidades similares se tenían al márgen del patrimonio, y por ende insusceptibles de posesión. La circunstancia de que Nerva hijo dijera que a pesar de la opinión contraria de otros juristas, pensaran algunos de que los municipios podían poseer por intermedio de sus esclavos que tenían peculio, señalaba desde ya una brecha al principio antedicho provocada por la consideración- de que un conjunto de bienes extrapatrimoniales afectados al cumplimiento de fines que exigen una realización activa y progresiva y que- no constituyen cosas del pueblo romano, debían necesariamente reducirse á los términos mismos de la actividad de los particulares aunque- fuera por las vías de la ficción. Lo que no es admisible, como señala- con cierto Albertario, op. cit. p. 10, que ya entre los clásicos se admitiera que los municipios pudieran adquirir la posesión por persona libre Mediante esclavo con peculio profecticio vaya y pase, Nerva señala-

ba ya la tendencia que al respecto se abría, de ahí que se halle alterado D. 41, 2, 2 desde el idque eis et perservum et per liberam personam. etc. La posibilidad que tuvieron los muncipios de lograr la possessio mediante libre persona fue creación de Justiniano. Durante la época clásica solo pudieron hacerlo, y en virtud de concesiones que se hizo a las ideas prácticas, por esclavos propios dotados de peculio.

Problema sejemante se plantea en torno a la hereditas, cuya existencia reduce Accarias al momento que media entre la muerte del causante y la existencia del heredero, pues con respecto a la misma se llegó a considerar que pudiera adquirir la posesión mediante esclavo que tuviera peculio prefecticio en el período clásico. D. 41, 2, 1, 75 Paulo y la circunstancia de que no se haga mención del peculio en D. 41, 3, 44, 7 Papiniano, se debe, según Albertario, a interpetación de los compiladores de Justiniano. De ahí que haya que corregir D. 413, 45, 7 Papiniano agregándolo un nisi, o un ni, el esclavo hereditario no posee ni puede empezar a usucapir sino tiene peculio, luego de la muerte del amo, Albertario, op. cit. p. 131.

Solazzi no admitió tal criterio y sostuvo en cambio que se trataba de un esclavo con peculio o sin él, tanto en el caso del municipio como en el de hereditas jacons, la economía exigía que pudieran adquirir la posesión y también usucapir, pero se apoya en textos de Ulpiano que según Albertario se hallan interpelados, op. cit. p. 132.

De todo lo que antecede se deduce que si bien el derecho clásico con importantes atenuaciones trató de mantener en cierta medida la existencia de un contacto material aunque diluido con la cosa, los compiladores de Justiniano se apartaron de ese criterio y sobre la base de que en cierta medida la posesión era una institución jurídica, la espiritualización al punto de suprimir siquiera aquellas necesarias vinculaciones con la cosa que surgían a través del entrera en el fundo, o de contemplarlas desde la torre del vecino. Les importó mas que mediara algún simbolismo jurídico, aunque carente de sentido real, para considerar adquirida la posesión, que realmente se diera la posibilidad o el efectivo contacto con el objeto.

274a) Conservación y pérdida de la posesión.- La posesión se conser-

va en la medida que subsita el vínculo de hecho que exterioriza el poder económico de la cosa, de manera que aunque no se tenga la física potestad sobre la cosa aún así se mantiene la vinculación posesoria, la que solo se rompe cuando es interferida por la efectiva acción de un tercero que provoca la interrupción del nexo que existe entre el poseedor y el objeto. Se explica así que Pomponio señala D. 41, 2, 25, 1 que mientras un instrumento de la posesión ajena detenga la cosa, como el colono, el inquilino o el esclavo, se mantenga la possessio, aún cuando la hubieran dado en locación a otro bien aunque enloquecieran o murieran. Podemos igualmente conservar la posesión por obra de un procurator, un huesped o un amigo: Gaio D. 41, 2, 9, o por un pupilo aunque no medie la auctoritas del tutor, Paulo D. 41, 2, 32. Esmas mientras no medie un acto ostensible de desposesión se mantiene la possessio, como ocurre si el colono o inquilino vende la cosa a un tercero pero no se la entrega sino que la conserva en su poder, pagando al comprador y al locador el precio del alquiler: D. 42, 1, 32, 1, Paulo, o bien si dióse la cosa en comodato y el comodatario a su vez la dió a otro por tal título que considera la misma de propiedad de aquel, o si el inquilino la alquiló a su vez o el depositante la dió a otro en depósito, creyendo el sublocatario o el segundo depositario que el objeto era de propiedad de aquel de quien lo recibió. D. 41, 2, 30, 1 Paulo. Se retiene igualmente la posesión si un esclavo común es poseído por uno de los demás D. 41, 2, 42, Ulpiano.

Que el animus possidendi tenía carácter objetivo, dependía en definitiva del juicio de la comunidad surge del caso de los campos de invernada o de pastoreo o estival, pues con respecto a ellos se mantenía la posesión aunque no se los utilizara en las épocas para los cuales no estaban destinados: D. 41, 2, 3, y 11 Paulo. El mismo abandono que se haga del campo, no cultivándolo o no utilizándolo para los fines a que estaban dedicados no hace perder la posesión, C.7, 32,4 Diocleciano y Maximiano, aunque la solución parece singularizada para el caso de que el referido abandono se daba al temor impuesto por la necesidad.

Si el heredero del colono no tuviera derecho a la continuación

de la locación, sea que la misma hubiera vencido viviendo el difunto o en el lapso de la hereditas jacens, aún por su intermedio se conserva la posesión D. 19, 1, 60, 71 Javoleno. Cuando el colono hacía abandono del campo se planteaba un problema: para los sabinianos si lo hacía con intención de volver el locador no perdía la posesión; los proculeyanos extendieron igual solución al caso de que lo hiciera sin esa intención: la primera solución se halla en Pomponio D. 41, 2, 31, D. 41, 2, 40, 71 Africano; la segunda en cambio en un texto de Proculo D. 4, 2, 31 y en igual sentido se pronunció Paulo D. 41, 2, 3, 78.

Todos estos casos son aplicación de un mismo principio: siempre que se mantenga la posibilidad de disponer de hecho con respecto a la cosa la posesión se conserva. Pero en cuanto dicha posibilidad desaparezca se pierde aquella como ocurre cuando otro se apodera de la cosa aunque sea con violencia o clandestinidad: Gaio D. 41, 2, 15. N No interesa que de ese acto resulte, como observa Albertario, op. cit. ps. 136 y 137, un nuevo poseedor: podría ocurrir que el esclavo ajeno sin orden o conocimiento de su amo sustrajera la cosa de un tercero, - en tal supuesto no adquiere la posesión el esclavo porque no puede ser poseedor por definición, ni tampoco su amo, y sin embargo el despojado ha perdido la posesión porque se ha destruído la posibilidad de ejercer el poder sobre la misma. Lo mismo ocurre si se coloca la cosa- en lugar inaccesible: D. 41, 2, 13 pr. Ulpiano quien cita la opinión - de Pomponio con respecto a las piedras que se cayeron del buque al Tiber: se conserva el dominio sobre ellas pero se ha perdido la posesión. Por igual razón se pierde la posesión cuando se pierde de vista al objeto, de modo que se ignore donde se encuentre: D. 41, 2, 1, 25pr. Pomponio y Papiniano D. 41, 2, 47. Pero surge el problema de si la pérdida ocurre dentro de la esfera de custodia del poseedor, como si no sabe donde se halla una cosa que está sin embargo en su casa, o si se olvidó donde enterró o guardó un objeto, se conserva o pierde la posesión; los fragmentos citados dicen que la posesión se pierde. Pero como enseña Albertario op. cit. ps. 137 y 138, otros fragmentos traen la opinión contraria: D. 41, 3, y 13 Paulo ; D. 41, 2, 44 Papiniano, pero - dice Albertario que son textos interpelados por Justiniano.

El rigor del principio de que se conserva la posesión mientras se tenga la posibilidad de actuar sobre la cosa, explicaba que para los Proculeyanos se perdiera la misma cuando el esclavo fugaba, D.41, 2 14 con todas las consecuencias que ello implicaba, pérdida de la defensa interdictal, de la usucapión del siervo o de las cosas poseídas por él al tiempo de la fuga: Albertario, p.cit.p.139. Pero snseña el insigne romanista, que una corriente práctica encabezada por Paulo se apartó de dicha regla y admitió que mientras el esclavo no actuara como libre o fuera poseído por otro, pudiera el dueño continuar la usucapión de él o de las cosas por el poseídas al tiempo de la huída, y aún de que se contara el plazo en que se mantenía fugitivo a los efectos del interdicto utrubi, aunque no se llegó a admitir que se pudiera adquirir la posesión, por intermedio del esclavo fugitivo. Los compiladores de Justiniano en cambio transformaron la excepción en principio.

Con los animales rigen iguales normas; el animal salvaje se tiene en posesión en la medida -que se puede hallar a disposición del que lo ha capturado, sin que para ello sea necesario que intervengan factores ajenos a la voluntad; de ahí que no puedan poseerse los pocos que hay en un estanque, o las fieras que vagan por los bosques de propiedad particular, pues para tomarlos se requerirá volver a pescarlos o cazarlos, no ocurre así si se hallan en una pecera o en jaulas, o de modo que sea posible en cualquier momento y sin alea alguna en lo que concierne a poder tomarlos, disponer de ellos: D.41, 2, 3 y 14. Se mantiene la posesión de los animales domesticados mientras estos conservan la costumbre de volver al lugar de destino: D.41, 1, 3 y 2 y 4.

Igualmente se conserva la posesión de los inmuebles en la medida que subiste la potestad de utilizarlos; no se perderá si son transitoriamente inundados, pero sí, si en cambio son ocupados en forma permanente por las aguas del río o del mar, D.41, 2, 3, y 17.

Si el poseedor es arrojado del fundo pierde la posesión, pero si el poseedor es atado y otro se apodera del inmueble se halla en igual situación D.43, 16, 1, y 47: dejó de tener la posibilidad de ejercer

el poder sobre la cosa.Paulo Sent.5,6,y 6 dice que se considera arrojado por la violencia el que es retenido con violencia en el predio:Albertario,po.cit.p.141.Lo mismo si el poseedor es impedido de volver al fundo.

En los casos anteriores hemos visto cómo se pierde la posesión con la sola pérdida del corpus;veamos ahora aquéllos en que la relación posesoria se extingue por falta del animus'Para nosotros el animus constituye,como ya hemos dicho,un elemento objetivo,consiste en la consideración de la relación posesoria por la comunidad desde el punto de vista del subjeto,así como el corpus es la misma relación contemplada desde el punto de la cosa.Para que la posesión se mantenga basta con que a los ejes de la colectividad subsista el equilibrio entre el objeto y sujeto que entraña la posibilidad del disfrute económico de la cosa.Cuando dicho equilibrio se rompe definitivamente desaparece la relación posesoria.Ello puede ocurrir por la pérdida de la cosa,o la desposesión,etc.en cuyo caso la extinción proviene de factores extrínsecos o ajenos a la voluntad del poseedor,o bien por acto de voluntad de este.Pero este mismo por sí solo no basta,es necesario además que efectivamente se produzca en forma objetiva la desconexión entre la persona y la cosa de manera permanente.De ahí que lo único que depende de la voluntad del sujeto es la destrucción del vínculo o nexo con la cosa,pero debe desaparecer la potestad de hecho para que efectivamente se produzca la pérdida de la posesión,y este ya no tiene nada de subjetivo:es decir que la voluntad del poseedor se debe exteriorizar en hechos concretos y externos que a los ejes de la comunidad demuestren que se ha roto la relación entre el objeto y el sujeto.Hay sin duda en la pérdida de la posesión ánimo una faz subjetiva al punto que sí la misma falta,mientras no se pierde el corpus se mantiene la posesión posesoria:así el furioso conserva la posesión pues no puede perderla por una intención contraria D.41,2,27,aunque con respecto a que continúa usucapiendo en tal supuesto se consideró una solución de derecho singular,D.41,3,44 y 6.

El simple abandono de la cosa puede ser suficiente para que se

pierda la posesión solo ánimo, a menos que se trate de objetos cuyo disfrute y explotación se hacen durante períodos discontinuos como los lugares de pastoreo de invierno y de verano: D.41,2,3, y 11.

Aunque se habla de la pérdida de la posesión solo ánimo, se comprende que en tales casos también se ha perdido el corpus pues si este y aquél son una misma cosa aunque expresada de distinta manera, si ambos integran la idea de posesión y son los elementos de esta, para que se extinga es menester que se destruya el vínculo que existe entre la cosa y el sujeto, de manera que la perdida ánimo consiste en la desvinculación por hecho consciente del poseedor y la pérdida corpore el mismo acontecimiento, pero por un factor ajeno a su voluntad, y en ambos casos al destruirse la relación posesória se ha extinguido como tal. Corpore por un acto contrario a la voluntad del sujeto, animo por un acto de su propia voluntad.

Pero puede ocurrir que la relación posesoria se extinga por la extinción de la detentación material y la supresión del animus, en cuyo caso se dice que se ha perdido corpore et animo, como ocurre en la tradición y con la muerte del poseedor.

Con respecto a la primera se plantea el problema de si la posesión no es adquirida por cualquier causa por el accipiens la pierde o no el tradens: Celso se pronuncia afirmativamente D.41,2,18 y 1 ver-Albertario op.cit.ps.141 y 143. En sentido contrario se pronuncian con intención de no regresar, el poseedor perdía la posesión, D.41,2,31, - Pomponio, argumento a contrario sensu, no en cambio si lo hacía de manera circunstancial. Paulo y Papiniano exigían en cambio en el primer supuesto que un tercero se apoderara del fundo.

La circunstancia de que Justiniano concibiera a la posesión como una relación jurídica determinó que una regla aplicada por Paulo para un caso circunstancial se convirtiera en norma general en el Digesto: D.41,2,8, D.50,17,153, o sea que la posesión se pierde de la misma manera que se adquiere: por el corpus y el animus, o sea por el contrarium actus y como consecuencia de ello se alteraron algunos fragmentos como D.41,2,6 y 1 Ulpiano, de donde se admitió que se -

perdiera la posesión cuando por la invasión clandestina del fundo el poseedor conservaba el animus possidendi. De modo que, como señala Albertario, op.cit.p.150, para Justiniano adquirió suma importancia el animus possidendi y se degradó la trascendencia del corpus, de ahí que donde los juristas clásicos dijeran que si el poseedor que detentaba la cosa perdía la misma corpore o animo perdía la posesión, en cambio los compiladores exijieron que se perdiera siempre que faltaba el animus: D.41, 2, 44 y 2; D.41, 2, 25, 2. Para ellos la posesión de un fundo por medio de un esclavo o de un colono se mantenía cuando estos lo abandonaban o moría animo solo, determinando que para perderse era menester que el poseedor fuera repelido por el usurpante o que por miedo de serlo renunciara el poseedor a entrar en el mismo, Albertario, op.cit.p.151.

En la época clásica sólo se admitía que se retuviera la posesión de las cosas solo animo tratándose de los saltus hiverni y aestivi, pero Justiniano elevó una excepción a categoría de regla en materia de inmuebles, Albertario, op.cit.ps.155 y ss.

Tampoco concebían los juristas clásicos que se pudiera retener la posesión del esclavo fugitivo: D.41, 2, 1, y 14, Paulo, D.41, 1, 54 y 4 - Pomponio, aunque otros juristas amitieron que mientras no fuera poseído por otro el amo pudiera usucapir las cosas que el fugitivo detentara; D-41, 2, 1, y 14, Paulo. Pero la excepción se limitó al sólo caso de la usucapión. Los bizantinos en cambio, para quienes poca importancia que se detentara la cosa efectiamente, y que sostuvieron el principio de que se conservaba la posesión solo animo, la excepción se convirtió en regla considerando que el esclavo no podía hacer peor la condición del dueño. De ahí que sobre la base de dicho precepto se alteraron los textos de los jurisconsultos clásicos como D.6, 2, 15 y 1, Pomponio; el fugitivo que adquiere por compra una cosa de quién no es propietario: el fragmento admite que la usucape el amo del esclavo aunque no lo posea; de dónde resulta la incogruencia que si se admite que el siervo no es un instrumento de adquisición en tal caso como se puede conceder a su amo la acción Publiciana? D.41, 1, 54 y 4; el fragmento original debía decir todo lo contrario, o sea que no le competía en tal caso dicha acción

De igual modo se halla alterado, dice Albertario op.cit.p.160, D.41,2, 1 y 14 Paulo en cuanto señala que poseemos el esclavo fugitivo mientras no se encuentre en la posesión de otro, o en Sent.2, 31, 37, cuando dice que el amo posee al esclavo fugitivo, aunque no es responsable por el hurto o los hurtos que aquél pueda cometer. Paulo en Sent.4, 14, 3 dice que a los efectos de la ley Fufia Caninia han de computarse los esclavos fugitivos, estando interpelado el párrafo que dice que con respecto a ellos siempre la posesión se retiere con el animus. Albertario op.cit.p.160, señala que en D.41,2,1 y 14, está alterado el texto en cuando dice "aunque se responda, que en la medida que no sea poseído por otro, es poseído por nosotros y por consiguiente podemos en el interin usucapirlo". Nerva en forma categorica negaba quese pudiera poseer para cualquier efecto al esclavo fugitivo, pero Paulo transigiendo admitía que pudiera poseerselo a los efectos de la usucapión. Para dicho jurista se trataba de una excepción fundada en razones de utilidad, en cambio para los compiladores de Justiniano se trataba de aplicar el nuevo principio de que la posesión se conservaba solo animo en tanto en cuanto un tercero no se apoderara del esclavo. Aduce Albertario que Sent.2, 31, 27 de Paulo se halla alterado pues se supone en el fragmento que se posee al esclavo fugitivo cuando el jurista sólo por razón de utilidad había admitido dicha posesión a los efectos de que la usucapión fuera factible. Se trataría entonces de una alteración hecha por los visigodos, pues Paulo debía decir, señala Albertario, op.cit.p. 161, que el dueño no respondía por la acción de hurto ya que no poseía al esclavo. Igualmente, observa el mismo autor, se halla alterado Paulo Sent.4, 14, 3 dónde se lee que a los efectos de la ley Fufia Caninia deben computarse los esclavos fugitivos sobre los cuales siempre se retiene con el animo la posesión. Era indudable que debían tenerse en cuenta dichos esclavos pues por el hecho de la fuga el amo no había perdido la propiedad de ellos. La referencia a la posesión era una alteración de los compiladores de Justiniano ya que el mismo Paulo en D.41,2,1, y 14 se encarga de señalar que sólo por razón de utilidad se admitió que el amo pudiera continuar la usucapión del esclavo fugitivo, solución esta que no hubiera sido necesaria si el amo retenía animo la po-

sesión del siervo en tal supuesto.La única forma de retener animo la-posesión en la época clásica era en los casos de los saltus hiberni y -oestivi;en cambio con Justiniano se generalizó, Albertario op.cit.p. -162.El mismo fragmento citado D.41,2,1, y 14 se halla también interpelado ya que Juliano no podía decir allí que se puede adquirir la posesión por medio del esclavo fugitivo, como se logra por los esclavos - que se tienen en provincias, cuando precisamente dicho jurista en D. - 47,2,17 y 3 se limita a señalar que sólo subsiste la posesión a los efectos de la usucapión;de ahí que Paulo en D.41,2,y 14, debía que por intermedio del esclavo fugitivo no podía adquirirse la posesión a diferencia de lo que ocurría con los esclavos que habían sido enviados por el amo a provincias.Albertario, op.cit.p.163.La jurisprudencia clásica no admitía que se pudiera conservar la posesión del esclavo fugitivo aunque ningún tercero se hubiera apoderado de él.Nerva y Pomponio se - mantuvieron fieles al principio sin admitir excepción alguna, pero Paulo y Juliano fueron más flexibles y reconocieron como solución de utilidad que pudiera el amo continuar la usucapión del siervo mientras no cayera en poder de otra persona.Albertario señala op.cit.p.164, que Ulpiano siguió la opinión de Juliano.En D.47,2,17 y 3 dice Ulpiano;que se ha preguntado que si el esclavo fugitivo se apoderó de la cosa del-amo, puede este dirigir la acción de hurto contra el que comenzó a poseer de buena fé al esclavo.Y origina, añade, la cuestión que aunque - no parece que se posee al esclavo durante el tiempo que está en fuga , sin embargo el amo no está sometido a la acción de hurto porque es como si no estuviera bajo su poder;puesto lo parece al jurista que como - escribe Juliano el amo se aprovecha de la posesión a los efectos de la usucapio.Y termina diciendo que en tal hipótesis Pomponio sostuvo que el amo tenía la acción de hurto contra el poseedor del esclavo fugitivo.

Pero En D.41,2,13, por Ulpiano refiriendo el caso que trae Pomponio respecto a la caída de las piedras en el Tíber, sobre si se mantiene integro el dominio del propietario de aquéllas, dice que se extraen-las mismas se conserva el dominio, no así la posesión, pues el caso, a - grega, no es igual al del esclavo fugitivo sobre el cuál se retiere la posesión ya que él no puede privar de la misma al amo, pero lo contrario-ocurría con las piedras".

Albertario, op, cit.p.164, dice que el texto está interpelado y que el jurista debía decir que era el caso diferente al del esclavo fugitivo del cuál se retenía la posesión a los efectos de usucapir, y nada más. Considera incongruente que siendo la posesión una relación de hecho para los jurisconsultos clásicos, se pudiera afirmar sin más que no era concebible que por sí mismo el esclavo fugitivo privara al dueño de la posesión de sí mismo. Albertario halla que esa expresión es un eco de C.7, 32, 12, dónde se expresa que si el esclavo, el colono, el procurator, el inquilino o cualquier otro que tenga la cosa corpore a nombre del amo, etc, si se desprendieran de ella por dolo o neglicencia a favor de un tercero, no causen perjuicio al dominus: la constitución pertenece a Justiniano.

En D.40, 12, 25, y 2 expresa Gaio: que si bien luego de ordenado el juicio que versa sobre la libertad de un hombre, vulgarmente se lo tiene por libre, aunque si es esclavo no es menos cierto que lo que se le entregue pertenecerá a su dueño como sino hubiera habido cuestión de libertad, y agrega que en lo que concierne a la posesión aunque luego de la traba de la litis el dueño deja de poseerlo, ha de admitirse que puede adquirir por intermedio de el no obstante no poseerlo, y se pregunta al final que si se ha admitido que se pueda adquirir la posesión por el esclavo fugitivo, que debe asombrar que por aquél pueda ocurrir lo mismo. El fragmento dice Albertario, op.cit.p.165 está interpelado; Gaio debía decir que por él no podía el dueño adquirir la posesión pues el siervo no era poseído por el amo. El otro texto alterado es también de Gaio, D.41, 2, 15 y dice: que ha de considerarse que dejamos de poseer la cosa que nos ha sido arrebatada, como si nos ha sido quitada por la violencia; pero si nos la quitara el que está bajo nuestra potestad, mientras la misma se encuentre en su poder conservamos la posesión de ella porque mediante esas personas adquirimos la posesión. Y esa es la razón por la cuál consideramos que se posee al fugitivo, pues así como este no puede intervertir la posesión de otras cosas, tampoco puede hacerlo en lo que hace a su persona. La última parte está interpelada pues Gaio debía señalar que si perdemos la posesión del esclavo perdemos igualmente la de la cosa que nos arrebató,

Albertario op.cit.p.166.Del mismo modo, observa el ilustre romanista, - ha de considerarse interpelado D.41,2,50 y 1 Hermogenes, el fragmento dice:por el esclavo que está en fuga, si no es poseído por otro y no se crea persona libre, se adquiere la posesión para nosotros.El jurista - romano debía decir que por razón de utilidad mediante ese esclavo el dueño podía usucapir:Albertario, op.cit.p.167.

Es indudable que si el poseedor abandona el fundo durante un largo plazo, sin cultivarlo, ha de considerarse conforme al consenso de la comunidad que ha perdido la posesión, pues se pierde la vinculación entre el sujeto y la cosa que constituye la misma esencia del instituto. Así lo dice Gaio, Inst.2.51;de ahí que cualquiera puede ocuparlo sin- que se considere que media violencia, I.2,6, y 7, Paulo D.41,3,4, y 27 El ausente en consecuencia no puede pretender retomar la posesión de la cosa que otro ocupara;podrá reinvindicar la cosa pero no tendrá de recho a la tutela posesoria si es rechazado aún cuando para ello se em pleara la violencia:La primera brecha a esta concepción firme de la - época clásica se tiene con una constitución de Constantino C.Th.4,22 1,C.8.5.1 del año 326, Albertario, p.cit.p.168 a quén seguimos'El citado empezó por admitir que cualquier procurator que hubiera dejado el ausente pudiera hacer valer por él los remedios procesales en caso de- que un tercero ocupara el fundo, y permitió todavía que si aquél por - incuria no los ejerciera, pudiera hacerlo el poseedor a su regreso aunque hubiera transcurrido el plazo del año.Pero Justiniano dió el paso- decisivo con su constitución de C.8,4,11, año 532, calificando a los- que ocupaban el inmueble del ausente como usurpadores y deprodadores, sobre la base de que resultaba ridículo que alguién pudiera ocupar una cosa ajena como propia.Se ha transformado la antigua idea pues- ahora se considera que el ausente mantiene la posesión y que puede e jercitar la tutela interdictal contra el que haya ocupado el fundo durante su ausencia del lugar.Y ello se debe, enseña Albertario, op.cit. p.169, a que entonces podía conservarse la posesión solo animo y la - conserva porque es el propietario y como tal tiene la posesión, la que no puede perderse por la ocupación de mala fé de un tercero.

Sobre la base siempre del mismo principio, de que la posesión-

se conserva solo animo se alteró C.7, 32, 4 admitiéndose que el que por temor ha hecho abandono del fundo, dejando de cultivarlo, no por ello pierde la posesión. En la época clásica en cambio debía conducir a una solución contraria, desde que en la misma no podía concebirse que pudiera retenerse la posesión una vez que se había perdido el corpus. Albertario, op.cit.p.171. La constitución citada de Diocleciano en su origen debía establecer la perdida de la posesión.

Durante la época clásica si el poseedor pierde la libre disposición de la cosa, desaparece su posesión; de ahí que si caía en cautiverio dejaba de ser poseedor, pero Justiniano, movido por las nuevas ideas permitió que continuara aún en ese caso la posesión alterando en consecuencia los compiladores los textos como D.41, 2, 23 y 1; Javoleno, diciendo que se perdía la posesión corporal, con lo que se contraponía esta a la posesión como derecho, de dónde se concluía que el cautivo retenía la posesión civil. En las Basilicas 50, 2, 22 y 1 se dice expresamente sintetizando el fragmento de Javoleno que el prisionero conserva la posesión solo animo, Albertario, op.cit.p.171.

Cuando el poseedor abandonaba el fundo en la época clásica unos consideraban perdida la posesión sin más, otros exigían que un tercero lo ocupara; los bizantinos en cambio exigieron que fuera necesario que el poseedor a su regreso fuera rechazado, Albertario, op.cit.ps. 172 y 173. La prueba se halla en la alteración que ha sufrido D.4, 3, 31 Proculo; si alguién persuade al esclavo que deje el fundo mediante dolo no se pierde la posesión, pero podrá ejercitar la acción de dolo contra el usurpador. Es indudable, y surge de la misma redacción del texto que este en su forma original debía decir que se perdía la posesión.

La prevalencia que dieron los compiladores de Justiniano a la consideración de la posesión como derecho a la misma como hecho explican la solución de C.7, 32, 12 que está en contradicción con D.41, 3, 33, y 4. En la época clásica si el intermediario abandonaba la cosa se discutía si se perdía de inmediato la posesión o bien cuando un tercero la ocupara, pero no se dudaba que en cualquiera de esos dos supuestos el poseedor perdía la posesión. Y ningún problema había cuando el intermediario hacía tradición de la cosa a un tercero despojando

así al dominus.Justiniano en cambio en la mencionada constitución determina que aquél no pierda la posesión civil,sólo habrá perdido la natural,Albertario,op.cit.ps.174 y 175.

Cosa similar ocurrió con el pupilo;en la época clásica perdía la posesión con o sin la auctoritas del tutor cuando la abandonaba o la transfería a otro.Justiniano empero sostuvo que si lo hacía sin la auctoritas del tutor sólo perdía la posesión natural pero no la civil que la conservaba solo animo.La interpelación aparece en D.41,1,11,Marciano y D.41,2,29 Ulpiano.

Luego de exponer con bastante extensión las enseñanzas magníficas de Albertario nos refirmanos en nuestra opinión anteriormente expresada:el animus no tiene alcance subjetivo ni siquiera en tiempos de los bizantinos.La relación de hecho entre el sujeto y la cosa corporal era posesión cuando el juicio de la comunidad así lo determinaba.Retadicha vinculación de manera permanente era imposible seguir considerándola como existente por más que el titular tuviera o conservara la intención de poseer.Aún en la época de Justiniano la posesión civil requiere un título apto para que pueda conducir a la usucapión.Surge así clara la evolución que la posesión experimentó:comenzó por ser un conjunto de situaciones no reguladas por el derecho civil que hallaron tutela en el imprium del magistrado,fué absorbida luego,en la mayoría de los casos por el derecho,aunque se conservó la protección interdictal,hasta que finalmente se la expiritualizó elevándola a la categoría de derecho siempre y cuando se tratara de la especie que permitía aldetentador adquirir la propiedad por el usus;de ese modo se terminó por ver en la posesión una imagen de la propiedad;de un poder de hecho se había convertido en un poder de derecho,en un simulacro del dominio,en una trinchera dónde se defendía la propiedad.Lograda esta concepción se produjo una escisión entre la posesión como tal y los otroscasos que todavía conservaban la tutela interdictal aunque hubieran sido degradados a la situación de detentio o posesión natural.Por eso si se desplaza el problema de la posesión hacia la protección de los interdictos,será cuestión de determinar por el orden jurídico si es o no oportuno tutelar determinadas situaciones aunque no entren dentro de la ca

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

tegoría de la posesión así entendida.Pero lo cierto es que esta última, como tal, sólo queda reducida al caso de que puede usucapir en tanto no lo haga, el que se halla tutelado por la acción Publiciana aunque de por sí no configura un derecho con nombre propio.Desaparecida la acción publiciana en nuestro derecho es ese el único rol que cabe asignar a la posesión.

Se comprende que en cuanto se desvinculó a la posesión de las diferentes situaciones que por razones históricas engendraban los interdictos, se dió a la misma un nuevo sentido vinculándola exclusivamente a la primitiva situación que conducía a la propiedad por medio del usus.Savigni fué todavía más lejos y extendió el concepto de la posesión distinguiendo aquél supuesto que llamó también posesión civil, al de que detenta la cosa para sí aunque por carecer de título o ser de mala fé no puede usucapirla.Este caso en la época biantina era de posesión natural aunque junto con otros como el del acreedor prendario, precarista, secuestratario, en los que faltaba el animus domini se hallaban protegidos por interdictos.Pero la idea de limitar la posesión, una vez que se ha salido de la posesión civil o ad usucapionem, es arbitraria y sólo produce confusión, porque si se ha restringido la posesión a una imagen de la propiedad que puede conducir a la misma, no es lógico salir de la misma para involucrar de los varios casos que quedaban fuera de ella sólo el del poseedor de buena fé, sin título o el de mala fé.Se perdió así el sentido histórico que la posesión había tenido y se entró en discusiones estériles que a nada pueden conducir.En esta materia hay que volver a la simplicidad originaria y reestructurarla sobre la base de la protección interdictal que era, como se ha visto, más amplia que la esfera posesoria, y dejando de lado el concepto equívoco de la posesión, acordar la tutela interdictal en los casos que resulte conveniente según el sentir de la colectividad en un momento y un lugar determinados.No compartimos en consecuencia el excesivo entusiasmo que nuestro inteligente colega el Dr.Allende pone de manifiesto por la teoría de Savigny en su magnífico trabajo La Posesión, Bs .As.No podemos comprender especialmente cómo sostiene que el Código alemán sostenga la teoría de Savigny cuando en su art.854 citado por Allende, dice que se obtiene -

la posesión por el poder de hecho sobre la cosa, ser p.119, si ha acordado la tutela interdictal al colono, al inquilino es porque ya no distingue entre tenencia y posesión; ha orientado el problema hacia la tutela interdictal como correspondía. Y cuando señala el referido profesor que por el art.900 del citado Código se convalida su tesis, olvida que a ese supuesto, el de la usucapión Savigny lo consideraría sólo una especie de la posesión y no toda la posesión. Llámese en buen hora como se quiera a la situación que permite usucapir pero a condición de que se la separe de la tutela interdictal, la que debe elaborarse sobre fundamentos distintos a los que suministran la distinción absoluta de posesión y tenencia. Que una determinada situación pueda conducir a la adquisición de la propiedad no significa que se le deba tomar como prevalente para resolver un problema distinto: el de saber si y en que medida el ordenamiento jurídico debe acordar la protección interdictal. Por lo demás el animus domini configura ya un fantasma pues no es él el que permite usucapir sino la causa prevista por la ley. Lo que pasa es que Allende a toda costa quiere ver en la posesión siempre el animus domini y olvida que ese requisito es el producto de una desfigurada idea que de la institución tuvo Savigny perturbado por las innovaciones que introdujeron los bizantinos y que con tanto acierto ha puesto de relieve Alberta rio en el trabajo que en gran parte hemos resumido párrafos arriba. Las críticas que fórmula el profesor Allende a las categorías de posesión, mediata e inmediata en el Código alemán ps.122 y ss. se deben a que para él no hay más posesión que la que se limita a las situaciones recogidas por Savigny; posesión ad usucapio nom y posesión de buena fé sin título o de mala fé, todas las cuales han quedado reducidas a una sola categoría en las legislaciones modernas, a la primera. Los requisitos para la adquisición de la propiedad no tienen porqué ser los mismos que los que se exigen para la tutela interdictal, y entonces no deben mezclarse ambos supuestos como ocurre cuando se quiere dar de la posesión un único y exclusivo concepto.

275o.) Tutela de la posesión.- La posesión se tuteló mediante interdictos que aparecieron con caracteres bien precisos que los distinguieron de las acciones durante las dos primeras fases o períodos de la-

historia del procedimiento romano.Mientras la acción constituía un acto de jurisdicción que se fundamentaba en el derecho y se desenvolvía en dos instancias:una in iure y otra "in iudieum", el interdicto se fundaba en el imperium del magistrado y se desarrollaba por vías administrativas o sea extra ordinem.El proceso por acción terminaba siempre por una sentencia, el interdicto en cambio mediante una decisión del magistrado que se llamaba decreto.

En los primeros tiempos el magistrado instruiría toda la causa recibiendo la prueba y determinando finalmente cuál de las partes era la que debía ampararse;pero a medida que el cúmulo de tareas y la creciente vida económica multiplicó los litigios optó por dictar de antemano, si prima facie parecía el caso convincente, el interdicto de modo que entonces se abrían dos posibilidades:o el sujeto al que se dirigía la orden se avenía a la misma o la discutía;en el primer supuesto quedaba solucionado el conflicto, en el segundo en cambio era necesario organizar un nuevo proceso, esta vez de carácter jurisdicción, mediante la acción y el jurado.

Conforme a las ideas ya expuestas de la que la posesión fué al comienzo un conjunto de situaciones no protegidas por el derecho civil, se comprende que en cualquiera de las enunciadas sería imposible obrar por la legis actio por sacramentum in rem, en cambio dado el interdicto nada impedía que se hiciera la apuesta sobre la legalidad o ilegalidad de la orden dictada por el magistrado, en cuyo caso se recurriría a la acción de la ley citada pero in personam.Cuando nos ocupamos del procedimiento en el capítulo anterior señalamos que por dicha vía de la actio legis por sacramentum in personam era factible llevar a conocimiento de los tribunales hasta cuestiones que no eran jurídicas como el ejemplo que trae Valerio Maximo, del cónsul y el pretor que disputaron sobre el triunfo de una batalla naval librada durante la primera guerra púnica.

Se comprende entonces el carácter personal que tenían los interdictos en el derecho romano determinado naturalmente por la naturaleza de la acción que subseguía al decreto del pretor si este no se cumplía.Claro que quiénes carecían de capacidad para ejercitar tal

procedimiento de las acciones de la ley se verían imposibilitados de recurrir al mismo, en cuyo se salvaría el obstáculo decidiendo directamente el magistrado, Con el procedimiento formulario.en cambio, ya no habría impedimentos para que los peregrinos pudieran también accionar en justicia, y las fórmulas que imitaren al derecho civil mantuvieron el carácter personal de los interdictos.Carácter que a su vez derivaba de la misma índole que tenía la orden impartida por el magistrado que sea una o a ambas partes determinadamente.

276o.) Terminología.- Varios son los significados que las fuentes dan al vocablo "interdictum";así unas veces quiere decir el decreto del magistrado la orden de hacer o de no hacer;otras veces el acto por el que se dicta dicha orden, otras la facultad de la parte de obtener dicha tutela y finalmente la acción que nace del interdicto:ver Arnaldo Biscardi.La protección interdictal en el proceso romano, Padova 1938, en italiano p.13.Corresponde, dice el autor, distinguir la fase del procedimiento que se extendio desde la postulación del interdicto hasta la concesión del mismo, de la que subsigue cuando no se da cumplimiento o se discute la legalidad de la orden del pretor.

Lo que es indudable, como observa Biscardi, es la persistente contraposición que hay en las fuentes entre la acción y el interdicto:- D.3, 3, 35, y 2, Ulpiano:No solo si se pide la acción por el procurator, sino si se pide el praciudicium o el interdicto."D.3.3.39 pr.Ulpiano:"No sólo empero en las acciones y en los interdictos". D.8.5.2 y 3, Ulpiano ...una cosa en verdad se cuestiona por derecho, esto es en la acción confesoria, otra de hecho, como en este interdicto...."Paulo Sent.V.6, 2:Como el interdicto, así también se propone la acción"...Paulo, Sent.V.6,-8(D.8.6,25)"...ni interdicto ni acción..."Pomponio D.10, 4, 15"...e interdicto o juicio así ha de ser dado...";Ulpiano D.39, 1, 20 y 8"...algunos piensan que ha de darse la acción in factum más que el interdicto, lo que es verdad."Ulpiano D.43, 16, 1 pr:"Dice el Pretor:"De dónde tu a él lo expulsaste o tu familia expulsó...restituye.Después del año sobre ello que obtuvo el que expulsó por la fuerza, daré juicio".La palabra juicio equivale en el texto a acción.Ulpiano D.43, 17, 1 y 4,6"...se obtiene la regulación de la restitución de la posesión o por interdicto o

por acción...El interdicto protege al poseedor del predio, como es el - uti possidetis, no se da nunca además la acción al poseedor, porque es suficiente que él posea."Ulpiano D.8,5,6, y 1;Ulpiano D.43,4,3, y 2; D.46,16,1 y 32;Pomponio D.43,2,14 y 3 etc.citados por Biscardi op. cit.ps.14 y 15.A veces se confunde la acción con interdicto pero es - porque se da a la primera una acepción muy amplia y no precisa D.11 8,3 pr.Pomponio o por otras razones, ver Biscardi, op.cit.p.16 y notas. La razón de la nota contraposición que existe entre la acción y el interdicto surge de las siguientes palabras de Gaio 1,4,139:"Por consiguiente por ciertas causas el pretor o el procónsul interpone principalmente su autoridad para conluir las controversias...y en síntesis u ordena que se haga algo o prohibe que se haga.Las fórmulas o concepciones de palabras que se utilizan en esa materia, se llaman interdictos o con más precisión interdictos y decretos".La estructura del interdicto es - pues distinta a la acción:en esta el magistrado se limita a instruir la- primera etapa,"in iure" y remite luego a las partes ante el iudex;en - el primero en cambio interviene principalmente, en virtud de ciertas- causas, para terminar mediante un decreto resolviendo la controversia, Biscardi, op.cit.ps.18 y 19.Sin embargo la circunstancia de que las más de las veces el magistrado no sustanciara la causa, explica que dada - previo cierto conocimiento de los hechos, el interdicto, en caso de que su orden no se cumpliera o se discutiera se pasara el procedimiento a la acción, Gaio, 4, y 141.

Se discute si la orden concreta del magistrado constituía en tales casos una vía preparatoria para la acción subsiguiente y constituía de ese modo una etapa previa, o bien se constituía una verdadera resolución administrativa, de carácter imperativo, cuya desobediencia implicaba la necesidad de aplicar sanciones.Por la misma opinión se pronuncian:Gastón May:Elementos de Derecho Romano, en francés, 13 ed. Paris 1920, No.302 ps.693 y ss.."El interdicto tiene por finalidad suplir la ausencia de una acción, a colmar una laguna del ius civile"."Una- vez dado el interdicto, ocupa el lugar de la ley que no preveía el caso"p.694..."El vínculo de derecho que hasta entonces no existía es - creado por el mismo magistrado!."Frente a esta posición Biscardi sostie-

ne la tesis opuesta, consistente en considerar a los interdictos como disposiciones administrativas dotadas de por sí de fuerza propia, al punto de distinguirse netamente del procedimiento común, de modo que no serían etapas previas al proceso jurisdiccional, sino verdaderas decisiones fundadas en el imperium de los magistrados. Es decir que para el autor citado la tutela interdictal corresponde al campo del derecho público y administrativo. Para nosotros la tesis de Biscardi es valedera en los primitivos tiempos del derecho romano, no así en las ulteriores fases del mismo. Es indudable que los interdictos nacieron en el ámbito propio del imperium de los magistrados, pero también lo es a nuestro entender que la tutela interdictal tuvo por primordial finalidad colmar las lagunas que el ordenamiento jurídico quiritario ofrecía antes de que por medio del procedimiento formulario pudiera el magistrado hallar nuevas vías que le permitieran solucionar los conflictos que las nuevas necesidades de continuo planteaban. Sin que se pueda negar la preponderante intervención del Estado en la material interdictal, no es posible, sin embargo, desconocer que los referidos recursos tendieron paulatinamente a asimilarse a los procedimientos ordinarios regulados por el derecho civil. Por particulares que puedan resultan los actos realizados por y ante el magistrado resulta indudable para nosotros que si por una o otra razón se desembocaba en la acción, la vía interdictal aparecía como una fase previa a esta y como una instancia anterior necesaria para el futuro desarrollo de la actividad jurisdiccional. Sin duda que la facultad de dar decretos e interdictos correspondía a los magistrados mayores, y que no se fundaba en la iurisdictio, pero ello no es óbice para desnaturalizar el significado que la misma tenía cuando se hacía necesario, lo que ocurriría la más de las veces, recurrir a la acción.

277o.) Origen de los interdictos.- También es objeto de controversia el origen de los interdictos. Consideran algunos que nacieron para resolver un problema procesal: desaparecido el sistema de las vindicias se hizo necesario determinar antes del ejercicio de la acción reivindicatoria quién sería poseedor a los efectos de determinar quién desempeñaría el rol de actor y quién el de demandado. La falla de es-

ta teoría radica en que sólo es valedera para los interdictos retinendae possessionis pero no explica los interdictos de vi. Tampoco no parece - satisfactoria la tesis de que los interdictos nacieron para tutelar la situación que planteaba la ocupación del ager publicus; pudo ser así al principio, pero la evolución económica determinó que pronto aparecieron otras situaciones a que ya nos hemos referido que reclamaron igualmente la protección interdictal.

Sin duda que la introducción del procedimiento formulario debe haber constituído un rudo golpe para la evolución de la tutela interdictal, no obstante que esta ofrecía siempre sus propias ventajas, pues por ejemplo hacía innecesaria la difícil prueba de la propiedad de modo - que no podía con ventaja evitar la acción reivindicatoria.

Durante los dos primeros períodos de la historia del procedimiento romano los interdictos se distinguieron, pues, con toda precisión de las acciones, ya que aquéllos constituían el elemento sobre el cúal iba a desenvolverse precisamente el proceso jurisdiccional. La fórmula que daba el pretor tenía en su intentio sin duda las palabras del interdicto concedido: ver Ortolan: Explicación histórica de las Institutas de Justiniano, en francés, t.3, Paris 1883, p.749, No.2290.

En la época postclásica, durante el Bajo Imperio, los interdictos se convirtieron en acciones.

278o.) Clases.- Ulpiano D.43, 1, 1, nos enseña que los interdictos versan o sobre las cosas divinas o las humanas; los primeros tutelan los lugares sagrados o religiosos; los segundos se dan para cosas de particulares o cosas de nadie. Estos últimos versan sobre personas libres, como los de exhinición y deducción de los hijos. Los interdictos que se refieren a las cosas de alguno o son públicos o de los particulares. Los - primeros protegen los lugares públicos, sobre las vías y los ríos públicos los de los particulares, o pertenecen a una universitas como el interdicto Quorum Bonorum, o a las cosas en particular, como el interdicto Uti Possidetis; en igual sentido Paulo D.43, 1, 2 y 1.

Los interdictos que protegen intereses humano o tienen por fundamento la utilidad pública, o por causa la de proteger el derecho de-

ca uno, o por causa de tutelar el oficio, o una cosa familiar. Por causa de utilidad pública compete el interdicto. Que sea lícito utilizar la vía pública o el río público y Que no se haga nada en la vía pública. Por causa de tutelar su derecho, el de exhibición de descendientes e igualmente el de exhibición del liberto. Por causa de oficio, el interdicto de exhibir el hombre libre. Los restantes interdictos se dan por causa de cosa familiar, D.43, 1, 2 y 1.

Los interdictos que se refieren a cosa familiar o son para adquirir para recuperar o retener la posesión. Los primeros son los que competen a quéllos que antes no han tenido la posesión de la cosa: son el Querum Benerom, el interdicto Salviano que se refiere a las prendas: a este tipo pertenece el interdicto cuyo iter el vendedor haya usado, para que sea usado por el comprador, prohibe que se haga violencia. Los interdictos de recuperar la posesión se agrupan bajo la rúbrica Unde Vi, y son varias clases; de retener la posesión son los interdictos Uti possidetis, D. 43, 1, 2, y 3.

También se clasifican los interdictos en Exhibitorios, prohibitorios y restitutorios, D.43, 1, 1, y 1 Ulpiano. Son exhibitorios los interdictos por los cuales el Pretor ordena a alguno que exhiba algo como las tablas del testamento, etc; prohibitorios aquéllos por los que el magistrado vota que se haga algo. Restitutorio son aquéllos en que el pretor dispone que lo hecho sea restituído o quitado. Se llaman mixtos los interdictos que son al mismo tiempo exhibitorios y prohibitorios.

En el interdicto restitutorio no sólo el Pretor ordena se restituye lo hecho, sino que el actor debe conseguir la reparación del daño sufrido, pues en la palabra restitución se incluya toda utilidad que pueda corresponder al actor, D.50, 16, 81 Paulo; textos citados y ordenados por Pothier: Pandectas de Justiniano, en latín, t 3 Lyon 1782, D.43.1 ps.198-199 y ss.

Hay interdictos que versan sobre hechos presentes y otros sobre hechos pasados; a la primera categoría pertenece el uti possidetis y a la segunda el de itinere actuque, de aqua aestiva, etc. D.43, 1, 1, y 2.

Algunos interdictos son dobles y otros simples: Pothier op.cit.p. 199; dobles como el Uti possidetis; simples como los exhibitorios y res -

titutorios, igualmente los prohibitorios de arberibus caedendis, y De itinere actuque D.43, 1, 2, Paulo.

Los interdictos se clasifican también en anuales y perpetuos D. 43, 1, 1, y 4 y D.43, 1, 4 Paulo. Por último dice Pothier op.cit. los interdictos pueden darse en forma directa o por vía nexal D.43, 1, 5 Paulo.

279o.) Procedimiento interdictal.- Se caracterizan los interdictos porque el procedimiento a que dieron lugar, en el caso de que la parte a quién estaba dirigida la orden del magistrado no la obedeciera, se desarrolló durante siglos mediante el recurso a la legis actio por sacramentum in personam, aún en tiempos en que ya estaba vigente el proceso por fórmulas. Ello importaba que el que se arriesgaba al referido procedimiento corría el peligro de una sanción penal. La apuesta implicaba sin duda la posibilidad de incurrir en la declaración de que el sacramento era injusto y suponía el riesgo de la pérdida de la suma de dinero que se había comprometido. Este caracter penal que conservaron los interdictos aún durante la vigencia del procedimiento formulario constituyó una ventaja más que justificó la subsistencia de la institución - cuando mediante la creación de las fórmulas el magistrado pudo colmar las lagunas que le presentaba el derecho quiritario.

La apuesta se hacía sobre la base de que cada una de las partes obraba injustamente; así el actor provocaba al demandado diciéndole - que cómo había desobedecido contra derecho la orden del magistrado le desafiaba al sacramento; el contrario contestaría que habiendo obrado conforme a justicia le desafiaba a su vez. De ese modo quedaba organizado el litigio.

En etapa ulterior se reemplazó la entrega efectiva de la suma, objeto de la apuesta, por la spensio; y se tuvo así el procedimiento por - spensionem.

La circunstancia de que para la reivindicación surgiera la fórmula petitoria tuvo su influencia sobre el proceso interdictal, de manera que se halló también en dicha materia una forma más ágil y sutil, más directa y exenta del peligro de la pena, que fué la llamada fórmula arbitraria, exenta de riesgos, que permitía al juez o a los la decisión directa e inmediata del conflicto, con prescindencia de la apuesta. Esta-

vía se aplicó a los interdictos exhibitorios y restitutorios, no a los prohibitorios que siguieron regulándose por el antiguo procedimiento. Y era además menester que el actor pidiera la fórmula arbitraria antes de dejar el tribunal donde había obtenido el interdicto Gaio 4, y 163.

Los interdictos dobles como el uti possidetis y el utrubi se caracterizaban porque en ellos la sponsio y la restipulatio consiguiente eran dobles; desde que las partes no limitaban una a afirmar su posesión y la otra a negarla sino que recíprocamente sostenían poseer se hacían necesario un doble juego de sponsiones: así una decía: Puesto que si resulta que la posesión es mía, prometes darme tanto? y la otra contestaba: prometo, pero a su vez preguntaba: si fuera mía, prometes darme tanto? y contestaba el interrogado: prometo, de donde el que perdía el proceso además de la posesión pagaba una pena doble:- Ortolan, op. cit. ps. 772 y 773.

El uti possidetis asimismo presentaba esta particularidad: entablado el proceso era necesario que el pretor adjudicara la posesión interina a una de las partes lo que hacía mediante la licitación de los frutos, imitando así el procedimiento observado en la acción de la ley por sacramentum in rem. Se hacía la licitatio adjudicando la cosa al que ofrecía la mayor suma lo que hacía mediante sponsio, o sea que si perdía el proceso se exponía a pagar en concepto de pena dicha cantidad a la otra parte, en virtud de haber gozado de la cosa que correspondía a otro, Ortolan, op. cit. t. 3, p. 773 No. 2332. El carácter penal de la suma surge del hecho de que si era vencido debía igualmente restituir los frutos percibidos en el interín o su estimación. La estipulación sobre los frutos se llamaba fructuaria stipulatio, Ortolán op. cit. p. 774.

En caso de triunfar porque el juez reconocía que la posesión correspondía al que había resultado adjudicatario interino de la posesión, se declaraban justas sus sponsiones y la otra parte debía pagar las dos que había hecho en concepto de pena; si en cambio el vencido resultaba el poseedor interino, debía este pagar el duplo o las dos sumas fijadas en sus promesas hacia la otra parte y además restituir la cosa y los frutos percibidos en el interín.

Posteriormente desapareció la fructuaria stipulatio y surgieron dos remedios: el llamado juicio Cesceliano, del nombre de su autor, que permitió al vencedor exigir la restitución de la posesión, y el juicio fructuario que le permitió obtener la restitución de los frutos percibidos en el interin por la otra parte. Esas dos acciones recibieron el nombre de juicio secutorio en virtud de que subseguían a la victoria obtenida mediante la sponsio: Ortolán, op. cit. No. 2332, ps.775.

Dice Ortolan que aunque Gaio menciona tal procedimiento refiriéndose al interdicto Uti possidetis, algo similar debía suceder con respecto al utrubi.

En la época postclásica desapareció el procedimiento especial que distinguió a los interdictos y se convirtieron estos en acciones extraordinarias.

28bb). El interdicto Undo vi.- Justiniano refundió los interdictos de vi existentes en la época clásica en uno solo que figura en D. 43, 16. La reconstrucción histórica de dichos interdictos resulta muy difícil. Por Paulo D. 43, 1, 2 y 3 sabemos que había varios interdictos de esa especie, por lo menos dos: el de vi non armata y el de vi armata. Con respecto al primero hallamos las mas antiguas noticias en la ley Agraria del año 634 a.u.c.v. 18 que da el interdicto al que fuera expulsado del campo que poseyera contra el que lo despojara siempre que con respecto a él no poseyera por violencia, clandestinidad o precario. Cicerón en la Ley agraria contra Rulo, orat. III, 3, 11 dice que luego del consulado de Mario y Carbón, los el tribuno propuso que se convalidaran todas las posesiones aun aquellas que eran viciosas, con lo que se subvertiría el orden establecido por el pretor, desde que podían tenerse las cosas por donación, por haber sido dadas, concedidas, vendidas o poseídas pero sin los vicios de violencia, clandestinidad o precario. Señalaba así los requisistos del interdicto de vi non armata. En Ad Herrennium IV, 40, 29 in fine vuelve a insistir sobre igual problema, para finalmente en Pro Tullio del año 683, y 44 señala los requisitos del interdictos: 1o.) que se haya sido expulsado del fundo por violencia o que se le haya impedido ingresar a él por igual vía, sea que lo hiciera el demandado o su procurator o su familia, 2o.) que el

expulsado tuviera la posesión, y 3o.) que dicha posesión con respecto al demandado no fuera viciosa, o sea adquirida por violencia, precario o clandestinamente. En el 45 insiste sobre los dos últimos requisitos, señalando que el demandado vencerá si el actor no poseía o si poseía pero en forma viciosa con respecto a él.

El interdicto exigía además que se ejercitara dentro del año de la expulsión. El fundamento del mismo fue la equidad: D. 43, 16, 1 y 1. La violencia estuvo además castigada penalmente por la ley Julia sobre la violencia pública y privada: D. 48, 6 y 7; D. 43, 16, 1 y 2.

No bastaba que se desposeyera al poseedor con cualquier violencia, se requería que se tratara de una violencia atroz: D. 43, 16, 1, y 3. y es necesario que la expulsión se produzca de un fundo o del suelo, D. 43, 16, 1 y 3, o de un area, o de un lugar adherido al suelo, cualquiera fuera el lugar de donde hubiera sido expulsado, D. 43, 16. 1 y 4. De donde si alguno fuera arrojado de una cabaña hecha de madera tiene lugar el interdicto, porque cualquiera fuera la construcción adherido al suelo se aplica dicho remedio, y 8. Y señala Ubbelohde, a quien seguimos en el Comentario de Gluck, trad. ital. lib. 43, tit.16 Milano 1907, en ital. ps. 8 y 9 que dicho párrafo se aplica a toda clase de construcción que carezca de fundamentos o de cimientos, como la cabaña, un quiosco, hasta una tienda adherida al suelo mediante estacas y sogas. Y a un árbol que se haya convertido en lugar de residencia. En tal sentido si el locatario, comodatario, depositario sobre el fundo han instalado una carpa o una construccion precaria, sin son mediante violencia expulsados de la misma, tendrán el interdicto de vi non armata.

El superficiario expulsado de la "insula" (edificio aislado de los demás) tiene el interdicto pero en forma útil porque no es en realidad poseedor, D. 43, 16, 1 y 5.

El interdicto en cambio no se da para los desposeídos de cosas muebles, a no ser que estas sean accesorios de los inmuebles y la privación de la posesión por violencia recaiga sobre estos últimos. Cuando la desposesión recae sobre muebles competen la acción de hurto, o de

bienes arrebatados con violencia (vi bonorum raptorum) o la actio ad exhibendum; por ejemplo, si alguien es privado con violencia de la posesión de un vehículo o de una nave: D. 43, 16, 1 y 6 y 7; Paulo Sentencias V, 6, 5: llama la atención que conceda la acción de vi bonorum raptorum en forma útil: Ubbelohde, op. cit. ps. 12 y 13.

Ubbelohde op. cit. ps. 16y ss. es de opinión que el interdicto de vi non armata en la época clásica al menos no debía darse contra el propietario que hubiera despojado con violencia sin armas siempre que el poseedor despojado careciera de todo derecho a la cosa. Pero se basa para ello en el arguumento a contrario sensu que surgiría de una res criptió de Dioclesiano y Maximiano a Onésimo, Fragmenta Vaticana y 312 y de otro de los mismos emperadores dirigido a Herminiano y Hermippo que figura en C. 4, 49, 17. Sabido es que el referido argumento resulta siempre en extremo peligroso. D. 43, 16, 5 está en contra aunque el autor altera el sentido del mismo agregándole el adverbio "non" La única base de la argumentación radica en que careciendo el poseedor de todo derecho podría considerarase su posesión como viciosa, Paulo Sent. 5, 6 y 7 pero no es válida ya que puede concebirse que un tercero posea sin ningún derecho frente al propietario y no obstante que su posesión no respecto a él no sea violenta, clandestina o precaria. Justiniano de todos modos no admitió que el propietario pudiera desposeer al poseedor aun sin derecho mediante la violencia; el antecedente de su solución se halla en C. Th. 4, 22, 3. Ubbelohde concluye que conforme a su teoría en la época clásica el interdicto contenía la causa de la propiedad, pues probada esta el mismo no prosperaría, op. cit. p. 23.

El interdicto no se acordaba al comodatario, al colono, al inquilino, D. 43, 16, 1 y 10 y 23, D. 43, 16, 20, pero sí al poseedor aunque no tuviera justa causa para poseer, D. 43, 16, 1 y 9 y 30.

La desposesión podía tener lugar de varias maneras; privando con la violencia al poseedor del fundo, o bien inmovilizándose en él modo que nada pudiera hacer por sí mismo: D. 43, 16, 1 y 47; Paulo Sent. V, 6, 6; Pomponio D. 43, 16, 11. Lo mismo ocurría si eran desposeídos los esclavos hijos de familia, inquilinos, colonos, comodata-

rios del poseedor, D. 43, 16, 1 y 22, o si alguien ingresaba al fundo ajeno y ponía cadenas a sus esclavos o con violencia los sometía a su poder: D. 43, 16, 1 y 46. No interesaba en cambio a fin de que se produjeran los efectos de este interdicto que el que utilizaba la violencia y despojaba a otro de la posesión se apoderara del fundo, bastaba que lo hiciera cualquiera aunque fuera de buena fe: D. 41, 3, 4 y 22: claro que en este caso estaría siempre el despojante sometido a las resultas del undo vi.

Si alguien mediante violencia compele a otro a hacerle tradición del fundo o edificio no tiene lugar el interdicto sino la acción quod vi motusve causa: D. 4, 2, 9 pr. D. 43, 16, 5.

El problema se plantea cuando alguien abandona el fundo ante la noticia de que va a sufrir una violencia inminente. Labeon negaba que en tales casos pudiera emplearse el interdicto, pero Ulpiano lo admitió siempre y cuando los invasores ante la noticia de cuya llegada el poseedor hiciera abandono del inmueble ingresaran en el mismo y lo ocuparan, D. 4, 2, 9 pr. Pero contradice a este texto D. 43, 16, 1 y 29 donde Labeon aparece sosteniendo la opinión contraria pero el fragmento está alterado: Ubbelohde, op. cit. ps. 32 y ss., de modo que debe leerse que el simple abandono sin tema de posesión por otro no hace perder la posesión. Juliano en cambio sostuvo el criterio contrario, bastando para él la fuga del poseedor ante la violencia inminente para que se le pudiera tener por expulsado y tuviera en sus manos el interdicto: D. 41, 3, 33 y 2. Requería empero que el poseedor no pudiera volver al inmueble por hecho del invasor o de terceros y que aquel se hubiera acercado al fundo con intención de despojarlo. El concepto mas amplio de Juliano fue admitido en las fuentes: Paulo Sent. 5, 6, 4; D. 43, 16, 1 y 28; D- 43, 16, 3 y 6 y 7; ver Ubbelohde, op. cit. ps. 38 y 39.

Otro interesante supuesto está dado por D. 41, 2, 6 y 1 Ulpiano: uno deja su fundo donde vive solo para ir al mercado; en ausencia otro ocupa el inmueble: la ocupación es clandestina decía Labeon. Pero la duda es si el poseedor perdió la posesión. El texto dice que retiene la misma, y que a si al volver no es admitido por el ocupante se

considera mas bien que este posee con violencia y no clandestinamente. Es decir que conforme al fragmento no se pierde la posesión por la ocupación clam. Pero esta solución no era de Labeon, es en el mejor de los casos, como dice Ubbelohde, una observación del mismo Ulpiano. En todo caso Labeon indicaría que a los efectos del interdicto Uti possidetis no podía el ocupante oponer el tiempo de su posesión obtenida clam. Para Pomponio era dudoso si se perdía la posesión por la ocupación clandestina o si se retenía solo animo hasta que se impidiera al ausente el ingreso en la finca, D. 41, 2, 25 y 2 Ubbelohde, op. cit. ps. 41 y ss. Y parece que Pomponio se decidió por razones de utilidad por la solución de que la posesión se retenía solo animos, la que habría sido seguida por otros juristas: Papiniano D. 41, 2, 44 y 2 i.f. D. 41, 2, 46; D. 41, 2, 3 y 7. Conforme a las ideas de Albertario se trataría de una construcción de los compiladores de Justiniano quienes generalizaron el caso de la retención de la posesión solo animo de los paltus hiberni et aestivi.

La misma amplia solución sobre la base de que la posesión se conserva solo animo se admitió aún para el que ocupaba el fundo de buena fe; de manera que en tales supuestos si se impedía el ingreso al poseedor mediante la violencia se lo consideraba despojado vi, o bien se lo detenía en el camino antes de llegar al mismo fundo: D. 43, 16, 1 y 24 y ss. ; D. 43, 16, 3, y 8, etc.

Se ha sostenido sobre la base de Cicerón sobre la Ley Agraria, III, 3, 11 y D. 10, 3, 7 y 5 la existencia de un interdicto de clandestina posesión, destinado precisamente a solucionar el problema de la desposesión del fundo en época en que no se había todavía que pudiera conservarse la misma solo animo hasta que se tuviera noticia y el poseedor fuera repelido si trataba de ingresar o volver a su inmueble. Lo cierto es que fuera de esos dos textos, uno de ellos literario, no hay indicios en las fuentes de la existencia de tal interdicto, loque se quiere explicar sosteniendo que hacia el siglo 2o.) de nuestra era con la admisión de la regla de que la posesión se conservaba en tales casos solo animo desapareció la posibilidad de que pudiera presentarse una situación en la que el poseedor debiera recurrir a dicho interdicto-

de clandestina posesión, pero como señala Ubbelohde, op. cit. ps. 53 y ss. eso no es cierto atento a que podía todavía ocurrir que se ocupara el fundo detentado por un esclavo o hijo de familia o un tenedor por un tercero en forma clandestina, o bien que lo detuviera el heredero del precarista cuya posesión en tal caso se consideraba clam. Por lo demás igualmente se hubiera justificado la subsistencia del interdicto de haber existido por la simple razón que siendo recuperatorio de la posesión hubiera brindado un remedio eficaz al poseedor aun cuando se admitió que retuviera la posesión solo animo, en cuyo caso solo se trataría de determinar la forma en que estaba redactada la orden del pretor, si se refiriría a la posesión pasada o la actual, es decir si diría "de donde clandestinamente poseiste o bien posees"; en este último sentido perdería eficacia el interdicto toda vez que el tercero ocupante no fuera ya poseedor al tiempo de solicitarse el remedio, y en el primer caso se trataría de una variante del Uti possidetis que configuraría un procedimiento menos peligroso, lo cual para Ubellohde no justificaría la creación de un interdicto especial: op. cit. ps. 53 y 54. De donde concluye que tanto Cicerón como Juliano se referían al interdicto uti possidetis; op. cit. ps. 56 y ss.

La fórmula primitiva del interdicto tal como nos la recuerda Cicerón incluía la referencia al procurator o a la familia del ocupante colocando el verbo expulsar en segunda persona, con ello se quería que fuera siempre responsable el pater familias y que no pudiera liberarse de las consecuencias de la opulsión realizada por su esclavo o su hijo de familia o aún por un mandatario general o un gestor de sus negocios aunque ignorara que se había producido tal hecho o aún cuando enterado no lo aprobara. De ese modo el pater o el dominus negotii no hubieran podido invocar a el abandono nexal ni que el hecho ilícito del procurator realizado sin su conocimiento no podía perjudicarlo. Posteriormente debió parecer al pretor excesivo, fuera del caso que mediara dolo del pater o del mandante, incluir en la fórmula al procurator o a la familia de aquel contra se dirigía el interdicto: si no mediaba dolo de su parte o bien en la medida que no se hubiera beneficiado con el hecho de sus dependientes no se lo haría responsable. De

esa manera se admitió que fuera responsable el mandante si había dado mandato para que se despojara a un tercero o ratificara lo hecho:D. 43, 16, 1 y 12; D. 50, 17, 152 y fl; D. 43, 16, 1 y 13 y 14.

El caso de que el pater o dominus se beneficiara de la acción de despoje cometida por el esclavo o hijo de familia o por el procurator solo podía concebirse cuando se trataba de un sui iuris incapaz, como un pupilo o bien un municipio ya que de no ser así no se podría comprender que un púber pudiera recibir el inmueble en todo o en parte o un mueble accesorio de aquel sin que con ello aratificara lo hecho y por ende se hiciera responsable personalmente. Se exigía igualmente que en tal supuesto recibiera la cosa de manera inmediata de su dependiente, pues si ello no tenía lugar y la adquiría por cualquier otra persona o circunstancia no respondía tampoco en la medida de lo que había obtenido. Asimismo la circunstancia de que en tal caso solo respondiera en la medida del beneficio obtenido explicaba que si perdiera la cosa por caso fortuito durante el pleito debiera ser absuelto. Ubbelohde, op. cit. ps. 65 y ss.

Si el autor de la expulsión era un esclavo o un hijo de familia se distinguían estos supuestos: 1o.) que lo hubieran hecho con conocimiento del pater o amo o que este sin saberlo inicialmente hubiera ratificado lo hecho, en ambos casos era responsable frente al interdicto; 2o.) que lo ignorara y luego de conocerlo no lo ratificara, en cuyo caso tratándose del esclavo y al comienzo también del hijo le era permitido hacer el abandono nexal. Con respecto al hijo luego ello no fue posible y se acordó contra el alieni iuris el interdicto en forma útil; 3o.) si el pater ignoraba o no consentía el acto de violencia era siempre responsable por lo que del mismo hubiera obtenido patrimonialmente.

El interdicto de vi non armata podía durante la época clásica oponerse la excepción de posesión viciosa, la que desapareció con Justiniano. Dicha excepción era realtiva, solo podía ser opuesta por quien había sufrido la violencia, o de quien se tenía la cosa en precario o clandestinamente, no en cambio por terceros, Ley Agraria del año 643 v. 18, Gaio, 4. 154 in fine, Paulo Sent. V, 6 y 7. Tampoco podía o-

ponerse la excepcio de posesión violenta al propietario que hubiera - despojado por la fuerza al poseedor que no tenía ningún derecho sobre la cosa, Ubbelohde, op. cti. p. 78. El poseedor que repele la violencia con la violencia no se considera que incurre en el interdicto undo vi:- D. 43, 16, 1 y 27 y 28, lo que ocurre si expulsado por la fuerza el poseedor sin interrupción vuelve a recuperar el fundo; si luego es expulsado le compete el interdicto: D. 43, 16, 17: Ubbelohde, op. cit. p.79, siempre que no hubiera excedido los razonables límites de la legítima-defensa, C. 8, 4, 1 Diocleciano y Maximiano. D. 43, 16, 3 y 9.

Pero si el propietario que quiere recuperar su cosa con violencia, sin utilizar armas, es rechazado por el poseedor no puede pedir - el interdicto undo vi que presupone la posesión del que le invoca, Ubbelohde, op. cit. p. 81. Es más si el propietario desposeído clandestinamente recurría de inmediato a la fuerza con arjas siempre que ello resultara lógica consecuencia de la legítima defensa no estaría expuesto- al interdicto de vi armata; sin duda que si dejaba pasar el tiempo y el- intruso se convertía en poseedor jurídico, el ejercicio de la fuerza lo- expondría al interdicto de vi armata donde no tenía lugar la excepción de posesión viciosa: Ubbelohde, op. cit. ps. 81 y 82. Ello tuvo lugar- en virtud de que se admitió que se conservaba la posesión solo animo.- Antes en cambio el propietario frente al clandestino intruso debía recurrir al uti possidetis, con el riesgo de que si dejaba aquel de poseer perdía el pleito; en cambio entonces, luego de la recepción de aquel -- principio, pudo ejercitar el undo vi que no requería que el usurpador continuara poseyendo la cosa. Se permitió de ese modo que el dueño - pudiera hacer todas las tentativas que quisiera de arrojar a su vez al intruso, en cualquier tiempo, siempre que no recurriera al empleo de armas; ello desde luego con anterioridad a Justiniano que lo prohibió.

De ahí que en el undo vi se cuestionara o pudiera discutirse en tales supuestos el derecho de propiedad, ya que si quien pretendía ser el dueño del inmueble no lo probaba resultaría procedente contra él el interdicto undo vi-

Como el propietario de la cosa no puede recibir de quien no tiene derecho a la misma esta en precario o locación, del mismo modo no

se concibe que si ocupa clandestinamente el inmueble de su propiedad que estaba en poder de un comprador de buena fe quien, por supuesto le había adquirido a un tercero al que por error suponía dueño, se le pueda oponer la excepción de viciosa posesión en la deducción del interdicto undo vi. Otra cosa sería si el propietario obtuvo la cosa del que tenía una prenda o la alquiló al usufructuario.

Justiniano mantuvo el requisito de que el interdicto de vi non armata debía deducirse dentro del año de producida la pérdida de la posesión.

28lo.) El interdicto de vi armata.- Se dió por el pretor este interdicto al que era despojado de la posesión de un inmueble por violencia realizada con armas o por el concurso de dos o mas personas. La fórmula del interdicto era la siguiente: "De donde tu o tu familia o tu procurator arrojaste a él con la violencia o con hombres reunidos o armados, restituye": Ubbelohde, op. cit p. 111. Se concedía al despojado aunque su posesión fuera viciosa con respecto al despojante, es decir aunque fuera vi, clam, precario. Tamposo se exigía que el expulsado fuera poseedor aunque sí se exigiría cierta relación con la cosa, ni se admitía la excepción del año.

Llama la atención dice Ubbelohde que en la fórmula del interdicto no apareciera la mención del procurator y de la familia del despojado, señalando que la explicación que se da en el sentido de que el de vi armata apareció después que el interdicto de vi cotidiana -- cuando la jurisprudencia había aceptado ya que la desposesión del procurator o de la familia equivalía sin más a la del mandante o a la del pater familias. Pero no está claro señala Ubbelohde que el interdicto de vi armata fuera posterior al de vi non armata, por el contrario el se inclina por pensar que aquel fue el primero que se conoció, op. cit. p. 115.

El interdicto de vi armata se distinguía del de vi porque exigía que la desposesión tuviera lugar no solo con la violencia sino también que esta se ejercitara por una pluralidad de hombres armados o no. La circunstancia de que estuvieran armados servía asimismo para a

plicar las penas de la ley Julia de vi pública, mientras que si obraban sin armas se aplicaban las disposiciones relativas a la violencia privada: D. 48, 7, 5.

En el concepto de armas entraban no solo las que tenían destino de tal sino cualquier objeto que pudiera servir como medio ofensivo:D. 43, 16, 3 y 1-11: Ubbelode, op. cit. ps. 119 y 120 y 121; como las fustas y las piedras: Gaio IV, 155 in fine.

El propietario que como hemos visto no estaba expuesto al interdicto de vi non armata, cuando despojaba de la posesión por la violencia al que ocupaba el fundo sin derecho alguno, en cambio se halla expuesto al de vi armata.

Discutido estuvo en la jurisprudencia romana si el interdicto que nos ocupaba se debía conceder solo al poseedor jurídico o aun a quien no hubiera tenido nunca esa posesión; por lo menos desde la mitad del siglo II de nuestra era se exigió que el despojado fuera poseedor; pero en la época de Cicerón ello era dudoso como surge de Pro Caecina.

"Se ha sostenido-dice Ferrini, Manual de Pandectas, en italiano 3a. edic. Milán 1908, No. 268, ps. 344, 345 y 346, que en el derecho nuevo, despues de que perdiera importancia el procedimiento formulario, el interdicto de vi" perdió gran parte de su significado práctico siendo subsitutuído por una actio momentariae possessionis la que se habría concedido aun a los meros tenedores y con relación a inmuebles o a muebles, y aún para recuperar la posesión adquirida por un tercero por error, o bien por infidelidad de un representante o en virtud de sentencia ilegal, o la posesión de objetos aparentemente abandonados por ausencia del titular. Pero el insigne romanista señalaque la referida teoría carece de base pues su fundamento se halla en una interpretación superficial de los textos que en definitiva no contienen ninguna innovación. Las modificaciones que se introdujeron tuvieron otro alcance. Así se permitió al esclavo deducir el interdicto de vi cuando había sido despojado, obrando en interés del amo, C.8, 4, 1 y se dispuso que el tercero que ocupaba el fundo abandonado por el representante de mala fe, a sabiendas de esas circunstancias, respondía ante el principal por el interdicto unde vi.

282o.) Los interdictos uti possidetis y utrubi.- Conforme a Justiniano estos interdictos tenían como finalidad determinar quien iba a ser el petitor y quien el demandado en el juicio de propiedad, de modo que constituían como etapas previas necesarias a los efectos de que una de las partes retuviera la posesión de la cosa inmueble o mueble que iban a ser objeto de la acción reivindicatoria. Se caracterizaban porque el uti possidetis solo se daba tratándose de inmuebles y por él se acordaba la posesión del bien al que la tuviera al tiempo del interdicto siempre que la misma no fuera viciosa con respecto a la otra parte; no importaba en cambio que lo fuera frente a tercero. El utrubi se acordaba para cosas muebles y por él se adjudicaba la posesión al que hubiera poseído la cosa durante el año por mas tiempo; También era menester que la posesión no fuera viciosa con respecto al adversario.- Justiniano los equiparó determinando que vencería el que fuera poseedor de la cosa mueble o inmueble, siempre que la posesión no fuera viciosa, con relación a la otra parte, al tiempo de la litis contestatio 1, 4, 15 y 4.

Gaio, I. 4, y 148 y ss. luego de explicar los dos interdictos tal como lo hace Justiniano, añade que en el utrubi podían las partes añadir la posesión del antecesor, como en los casos del heredero, del comprador, del donatario, del que recibió la cosa en dote, todos los cuales podían juntar la propia a la posesión de aquel de quien la habían recibido. Sin duda que la parte tenía que haber tenido la posesión dentro del año anterior al momento que se daba el interdicto para poder hacer la accesión con la del antecesor; al mismo tiempo se requería que la posesión de este último no fuera viciosa (vi, clam, aut precaio) con respecto a la otra parte.

Ferrini señala que si bien uno de los objetos de los interdictos que estudiamos fue el que le asignan las fuentes citadas, tuvieron sin embargo otros pues los mismos se daban para impedir futuras turbaciones de la posesión, op. cit. p. 337 y nota 2 en esa pág. No era necesario que la posesión hubiera sido ya turbada, bastaba con que existiera un peligro cierto y razonable de que podía serlo, y no era suficiente que dicho peligro consistiera en molestias que pudieran ocasionarse al

titular de la posesión sino que se exigía que dichas molestias estuvieran dirigidas a la persona para turbar su relación posesoria como tal.- En cambio el interdicto uti possidetis no se ocupaba de los hechos ya pasados, Ferrini, op. cit. ps. 338 y 339.

En cambio el utrubi no se refería a la posesión futura sino a la pasada por eso tenía función recuperatoria, Ferrini, op. cit. p.339 No. 264.-

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

# LECCION XX

## EL DOMINIO

283o.) Noción.- El dominio o propiedad es el derecho mas absoluto - que se pueda concebir sobre una cosa corporal; constituye un señorío de tan relevante significado que es en función del mismo que - se determinan las limitaciones o derechos que pueden existir sobre la cosa ajena e integran el elenco de los restantes derechos reales. La - propiedad es una exteriorización objetiva de la misma personalidad - humana, es por así decirlo, el alma misma del individuo que se trasunta o se corporiza en el objeto sobre el cual recae, al punto que no se concibe siquiera como un derecho sino como una prolongación hacia - el mundo externo del titular, como gráficamente lo expresa el vocablo pues "propio" es algo tan consubstanciado con el sujeto que forma parte de él. Esta intima vinculación de la cosa y el titular era tan característica para los romanos que no concibieron el dominio como un - ius sino que lo identificaron con la misma cosa, de ahí que en la fórmula petitoria incluyeran en la intentio la afirmación de que la cosa era del que la reclamaba por el derecho de los quirites.

La referida consubstanciación tenía además otra explicación - pues siendo la propiedad efecto ineludible de un acto de conquista - constituía una evidente manifestación del esfuerzo realizado, del acto de valor o arrojo del individuo. Ya hemos explicado en el anterior capítulo que la propiedad nació al margen de la idea económica, que constituyó en sus comienzos una institución impregnada de elementos - místicos, productos de su vinculación con un ordenamiento feudal y religioso.

La evolución económica de la comunidad influyó notablemente

sobre el concepto del dominio pues la organización paralela que paulatinamente fue elaborando la expansión que el pueblo romano experimentaba fue transformando a la propiedad, dándole un contenido positivo y económico que en las primeras etapas no se había conocido. De ese modo de un poder militar sobre la cosa, el dominio se convirtió en un factor de la producción incorporándose al curso del intercambio de los bienes como un valor pecuniario más. Fue así que la propiedad adquirió un carácter patrimonial neto, produciéndose al mismo tiempo unproceso correlativo de individualización, pues de colectiva se transformó en familiar y por fin en individual.

Si bien el guerrero con su valor obtenía la cosa mediante acto de conquista, como aquel se diluía dentro de la unidad del cantón o la gens, lo que adquiría pertenecía a esta; cuando a expensas de la gens se desenvilvió la familia, fue esta la titular efectiva del dominio y solo a través de la creciente y avasallante influencia de la economía capitalista, los romanos terminaron por admitir que la propiedad se consustanciaba con la persona individual.

284o.) Terminología.- Las fuentes hablan del dominio o de la propiedad para indicar el fenómeno que antecede, limitando la utilización de dichos vocablos al poder jurídico sobre la cosa corporal, no obstante que a veces, aunque con impropiedad, se habla de la propiedad del usufructo, o de la propiedad del crédito.

La palabra dominio tiene relación con el señorío que detentaba el jefe de la familia sobre su casa o domus, y se vincula a los tiempos en que aquel ejercía dentro de la comunidad una potestad política. Cuando el poder sobre la cosa se convirtió en un factor económico se mantuvo empero la terminología.

La expresión "propiedad" en cambio se vincula con la idea que consustancia la persona y la cosa, considerando a esta como un trasunto de la mismapersonalidad de su titular.

285o.) Evolución.- La primitiva organización clánica se preocupó de que los cantones que la integraran tuvieran la adecuada porción de tierra que pudiera asegurar a cada aldea o familia la subsistencia

de sus componentes, lo que logró mediante un doble procedimiento :1o.) garantizando a cada familia la propiedad del haeriedium (2 jugera), - que se consideraban suficientes para establecer la casa o domus y un- huerto, y 2o.) por la asignación a cada paterfamilias de una porción- de la tierra conquistada por la guerra y que constituía el patrimonio - de todo el pueblo romano (ager publicus).

Al principio los referidos bienes resultarían indisponibles a - menos que mediara una concreta y colectiva decisión del pueblo ro - mano autorizando la enajenación, pero la influencia paulatina y creciente de las nuevas ideas económicas terminaría por admitir la posibilidad de enajenación, primero de las cosas muebles y finalmente también de los inmuebles.

Ocurriría así que la propiedad entraría en el proceso de subdivisión y comercialización que justificaría luego que hubiera quienes - llegaron a poseer tierras en cantidades muy superiores a las que representaba el primitivo haeredium, mientras otros se verían privados de las mismas.

La transformación d más notable del dominio se produjo a través de la acción que ejercieron las nuevas ideas, productos del intercambio ultramarino que experimentó la comunidad. La circunstancia - de que la agrupación gentilicia se hallara en posición sumamente ventajosa desde el punto de vista geográfico para el intercambio con pueblos mas evolucionados, como los que componían las ciudades etruscas de la otra orilla del Tíber, a las que afluían continuamente los mercaderes griegos y fenicios y luego cartagineses, determinó que desde temprana edad recibiera las benéficas influencias de ese intercambio y con los productos materiales que servían al comercio, también acogiera los de la civilización intelectual, como el alfabeto y los monumentos perdurables de la cultura del los pueblos del Mediterráneo.;

La economía clánica era cerrada; se limitaba a producir lo estrictamente necesario para la subsistencia de los grupos, sin preocuparse de obtener excedentes puesto que el primitivo comercio realizado- entre los mismos grupos cantonales y los pueblos sabinos y latinos debía

ser muy limitado. Pero la vocación marítima que los contactos con los extranjeros de mas allá del Tíber y los que llegaban al sitio de la confederación con sus buques del ultramar, despertarían, determinó que los clanes, poco a poco, cambiaran sus sentimientos y se dejaran llevar por las halagüeñas perspectivas que les creaban las nuevas condiciones que les ofrecían los peregrinos. No sería difícil entonces que pronto se los tolerara dentro de la comunidad y que luego se fuera todavía mas lejos, procurando organizar un status que les garantizara una relativa seguridad. Aunque estaban excluídos por definición de la organización gentilicia, se buscaría sin duda el remedio, lo que se alcanzaría primero por medio de los vínculos de hospitalidad consistentes en colocar al extranjero bajo la protección de un pater, como habría ocurrido antes con los cantones vencidos y sometidos incondicionalmente a la Roma "montana" y "quirina".

Pero los extranjeros traían con ellos un conjunto de normas que hacía siglos se habían elaborado por pueblos altamente civilizados del Mediterráneo oriental, y esas disposiciones flexibles que obedecían a una economía abierta, de libre intercambio, que se fundaban en la tierra y en las cosas muebles como factores de producción y de comercio, y que concretaban el anhelo de los individuos a un creciente y siempre mejor standard de vida, terminaron por ser acogidas por la comunidad por vía de la tutela que a través del imperium podía dispensarle la autoridad. De ese modo se crearon situaciones paralelas a las del derecho quiritario, similares a ellas en cierto aspecto, aunque muy distintas por su contenido y fundamento. Y fue así que la propiedad y la obligación encontraron sus similares en el nuevo desenvolvimiento económico, en situaciones que terminaron por vincular las cosas al individuo y en configurar el vínculo crediticio como un poder con contenido patrimonial.

Elaborado el nuevo orden que garantizaba cierta seguridad a los extranjeros, la creciente preponderancia que política y económicamente fue día a día adquiriendo la comunidad del Tíber, justificó que esas nuevas concepciones reaccionaran sobre las vetustas instituciones del derecho civil, y entonces el dominio quiritario experimentó el e

fecto de tales desarrollos, perdiendo poco a poco su primitiva significación religiosa y militar en pro de la concepción económica.

286o.) Definición y concepto.- No es fácil definir el dominio: los textos romanos no nos traen al respecto ninguna tentavia de hacerlo. Fueron los glosadores y los posteriores comentaristas los que trataron de dar una definición; luego los romanistas se han esforzado hasta-hoy por encerrar dentro de los términos más o menos breves, el concepto de la propiedad. Y es difícil que se pueda lograr teniendo en cuenta que los romanos consideraron al dominio como la misma cosa corporal bastándoles con poder afirmar que la cosa era de ellos en virtud del derecho y con eso se tenía la idea más concisa y gráfica del fenómeno. Las dificultades se presentan en cambio en cuanto se quiere indagar en lo íntimo del poder que la propiedad representa. Para los juristas romanos el dominio era una idea cierta que la tenían más en virtud de la intuición que del razonamiento. De ahí que en vano buscaremos en las fuentes algo que sea o se parezca siquiera a una definición o a un intento de encerrar en una breve fórmula todo lo que significa de por sí la propiedad. Y la prueba de la enorme dificultad que importa hacerlo la encontramos aún en nuestro tiempos en que ni los legisladores ni los autores se ponen de acuerdo para encontrar la definición que satisfaga a todos.

La propiedad se parece a la posesión; es un poder sobre una cosa corporal, poder exclusivo y absoluto pero que se caracteriza de aquélla última en que es un poder jurídico pues se halla protegido por la vía de la acción. Hay empero otros poderes que obedecen a las mismas características como los iure in re, pero cabe señalar que estos últimos sólo pueden existir siempre y cuando se relacionen con el dominio oya que son o desmembramientos o limitaciones de este. De ahí que la propiedad aparezca como una institución que es el centro de los demás derechos reales, los que toman su existencia y razón de ser precisamente de aquéllas.

El dominio también es una manifestación de la libertad del ser humano, constituye el campo de acción dónde se desenvuelven las fuerzas y los más variados caprichos del que tiene en sus manos la cosa cor

poral. Y como objeto de esa libertad, la cosa configura también una forma de exteriorización de la personalidad del sujeto, de modo que por la circunstancia de constituir una proyección externa y mundada del titular, termina por revestir los caracteres de la personalidad que distinguen al hombre.

El hecho de que ese poder sea absoluto no se desnaturaliza porque en determinados casos pueda resultar sujeto a limitaciones tales que hasta pueden hacerle, en determinadas circunstancias, perder los omnímodos atributos que lo caracteriza, pues mientras conserve la posibilidad de recuperar su plenitud originaria, la propiedad se mantiene.

Dabelow, según refiere Gluck, op.cit.Lib.6, tit, 1, p.7 y 8, dice: que la propiedad es una relación entre una persona y una cosa, fundada sobre ciertos presupuestos y condiciones establecidas por la ley, en virtud de los cuales debe considerarse como perteneciente a esa persona y excluída de la apropiación de todos aquéllos en los que no se dan los presupuestos y las referidas condiciones que hacen posible la propiedad en aquélla persona. El mismo autor definió después la propiedad como el derecho sobre la cosa propia y llama propia la cosa sobre cuya sustancia se ha adquirido la exclusividad dentro de la sociedad civil.

Domenico Chesi, jurista pisano, cuya opinión reproduce también Gluck, op.cit.p.8, no consideraba a la propiedad como un derecho sino como una cualidad en virtud de la cuál una cosa que legítimamente nos pertenece es nuestra. Daba igualmente a la propiedad una extensión muy amplia pues la hacía recaer sobre toda clase de cosas, corporales e incorporales, involucrando, en consecuencia, dentro del concepto los derechos reales sobre la cosa ajena como las servidumbres, etc.

Ferrini, defini el dominio, Voz Dominium, en II Digesto Italiano Vol.IX, No.4, p.785, como el derecho en virtud del cuál una cosa pertenece a una persona que tiene sobre la misma un poder virtualmente al menos universal. La definición, agrega, el insigne romanista, hace resaltar los dos elementos fundamentales del dominio: la pertenencia por un lado, y el señorío por el otro. Por el primero la propiedad es una po

testad del titular similar a la patria potestad, a su derecho al nombre, y a otras relaciones personales y de familia. Como señorío en cambio - sólo tiene parecido con alguna relación del derecho familiar.

Para Ferrini, op.cit. No.5, p.785, el dominio tiene por contenido y finalidad asegurar al hombre el goce completo de las cosas del mundo externo para que pueda cumplir sus propios fines, y por ello somete la cosa, sea en cuanto a su sustancia, como en lo que hace a sus funciones, enteramente a la potestad del individuo.

Bartolo definió la propiedad como el derecho de disponer perfectamente de una cosa corporal, a no ser que la ley lo prohiba ver - Gluck, op.cit. nota a) ps.29 y s. Según Puchta, Pandectas 144: "La propiedad es la completa sujeción jurídica de una cosa, la plena dominación jurídica sobre un objeto corporal". Girtanner, Concepto de la propiedad en el Anuario de Ihering Vol.III, ps.58-298, dice que la propiedad es un derecho al destino de la cosa. Leist, Sobre la naturaleza de la propiedad, Jena 1859, sostiene que la propiedad es un efecto de la personalidad que tiene como fundamento natural el trabajo. Wirth, Contribución a los sistemas del derecho civil romano, Erlangen 1856, enseña que la - esencia de la propiedad consiste en la relación jurídica de pertenencia entre la cosa y la persona no en cada facultad que ella atribuye, sino- en el señorío sobre la cosa. Y añade, que la cosa en cierta medida es una parte de la personalidad, una extensión del yo. Brinz, Pandectas, I, y 130, ps.470,72, dice que la propiedad es la unión jurídica entre la persona y la cosa, de modo que esta, en virtud del dominio, deviene una cualidad del sujeto del derecho.

Cuanto antecede pone de manifiesto qué difícil es dar una definida idea del dominio o de la propiedad Windscheid hace resaltar la - preponderancia decisiva de la voluntad en la relación que existe entre la cosa y la persona, pero reconoce que existen casos en que dicha prevalencia no se da. Scialoja enseña que la propiedad es una relación de derecho privado por la cuál una cosa como pertenencia de una persona se halla sometida completamente a su voluntad, en todo aquéllo que no esté prohibido por el derecho público o por la concurrencia del derecho de otro. De manera, dice Ascoli, op.cit. obra de Gluck, p.33, que dicha -

definición es válidad para la propiedad ilimitada.

El mismo poder sobre la sustancia de la cosa que conforme a - Gluck es característica fundamental de la propiedad, resulta también- el contenido de otros derechos reales, como los de garantía en que el- acreedor prendario o hipotecario puede disponer del objeto.

Sin embargo esta objeción que hace Ascoli anotador de Gluck es más aparente que real pues la posibilidad de enajenar que tiene el acreedor es solo una parte del poder sobre la sustancia que tiene el - propietario. La facultad de alterar la esencia de la cosa, al punto de - transformarla en otra o de extinguirla sólo se acuerda al dominus. Por- lo demás la relación directa de la persona y la cosa se da solamente - en la propiedad. En los otros derechos reales no existe esa inmediatez- al punto que se los concibe como cosas incorporales, como iura. El a- creedor prendario tiene el poder de hecho, o sea la posesión y el hipo tecario el derecho de adquirir esa posesión, pero no la propiedad.

Problema difícil es también el de determinar cuál es la natura leza del dominio. Algunos han visto en él una relación jurídica, otros- una relación de hecho, y finalmente hay autores que lo consideran un- derecho. Entre estos últimos se halla Ferrini quién sostiene que aún para los romanos la propiedad fué un derecho subjetivo, y cita para el a- poyo de su opinión textos de las fuentes. Es indudable que la propiedad como poder jurídico constituye un derecho subjetivo, pero también es cierto que tal concepción supone una espiritualización que sólo pudo- alcanzarse a través de una lenta y penosa evolución. No habrá sido pa ra los primitivos romanos un derecho, al punto que confundieron la pro piedad con la misma cosa corporal sobre la que recaía. Si en la época de Ciceron se servían de la expresión "mancipium" para designar el - dominio, es de creer que no se les ocurriría, sobre todo en un ordena - miento para el cuál la noción del derecho subjetivo era tan extraña , considerarlo como tal. Pero no es posible descartar que en la época clá sica, y sobre todo en el Bajo Imperio, cuando se había espiritualizado el Derecho sobre todo por obra de la influencia helénica, se llegara a una concepción semejante y se alteraran los textos a los que se refiere Ferrini.

Dos son los elementos básicos que integran el concepto del dominio:por un lado el señorío que se tiene sobre la cosa, y por el otro - la pertenencia de la misma.El primero proviene de la época en que la propiedad se fundaba en la conquista, era un hecho de la guerra, y el segundo del tiempo en que por la influencia de la economía capitalista, se vinculó la cosa con el individuo llegando a consustanciársela - con este.

La creciente espiritualización del derecho que llegó a admitir la categoría de las cosas incorporales luego de la aparición de los iura in re, determinó a su vez que se extendiera el concepto de la propiedad, aunque en forma impropia, a dichas cosas.

287o.) Caracteres.- Mejor que buscar entonces una definición es tratar de determinar los rasgos que la distinguen de los otros derechos.Se dice así que el dominio es:1o) absoluto;2o) exclusivo;3o) perpetuo.Absoluto en cuanto es el poder más pleno que se tenga o se pueda tener sobre una cosa corporal;por eso se enseña que es elástico, por cuanto desaparecidas las limitaciones que puedan pesar sobre el vuelve inmediatamente, sin necesidad de ningún acto ulterior, a su estado de plenitud originaria.Como consecuencia de este principio resulta que el propietario que niega judicialmente que el demandado tenga algún derecho real sobre su cosa no necesita aportar la prueba de ello, quién debe probar es el otro.Por eso aunque el dominus sea el actor cuando ejercita la acción negativa, la carga de la prueba(onus probandi)incumbe al demandado que pretente un derecho real sobre la misma.

La exclusividad es un rasgo típico del dominio romano, pues - calcado sobre la posesión significa que resulta imposible que al mismo tiempo y sobre la misma cosa corporal, dos o más personas tengan la - propiedad de ella.Si constituye un poder sobre la cosa, cómo concebir que más de uno pueda ejercerlo al mismo tiempo? De ahí la necesidad para superar la dificultad de esa idea originaria, de crear la figura del condominio, es decir del derecho sobre una parte ideal o alicuota de - la cosa.El concepto de la exclusividad es también el que explica la adquisición de la cosa por el tiempo, pues ante la imposibilidad de admitir que puedan dos personas al mismo tiempo ser propietarias de la mis-

ma cosa, y ante el hecho de que el dominio no puede perderse por el no uso y por el transcurso de un plazo más o menos largo, el orden jurídico no tiene otro remedio que optar por el antiguo propietario o por el que adquirió el bien mediante el usus; y opta siempre que se cumplan ciertos requisitos, por este último por razones de utilidad práctica. Luego la usucapión lejos de ser una excepción al carácter perpetuo de la propiedad, constituye una aplicación de su exclusividad.

Finalmente la propiedad es perpetua, lo que no significa que sea eterna, sino que de por sí no lleva insita una causal de extinción. Así no es concebible que se pueda adquirir el dominio por un cierto tiempo; una transferencia de ese tipo sería nula, pero en cambio es factible que se pueda perder la propiedad, en virtud de un hecho externo, sea que se encuentre ya en el título que sirvió para su adquisición como factor de resolución del derecho, o que provenga de un acontecimiento futuro e independiente.

288o.) Atributos.- Se trata también de determinar el concepto de la propiedad a través de sus atributos que se configuran como otros tantos derechos o facultades; se habla así del ius utendi, del ius fruendi y del ius abutendi que tiene el propietario sobre su cosa corporal. O sea del derecho a usar, a disfrutar por sí o por otro, o de disponer de la misma, alterando, si quiere, su substancia y hasta destruyéndola. Es interesante señalar el rasgo más típico de los tres enunciados, el ius abutendi, pues este en su origen quiere decir derecho no de usar, o lo que es lo mismo, el propietario a diferencia de los titulares de otros derechos reales, puede no utilizar la cosa, puede no hacerla servir a ningún fin económico y sin embargo conserva el dominio. Esto no ocurre con los iura in re pues en estos casos el no ejercicio de las potestades económicas que ellos implican y confieren extingue el mismo derecho. Si el usufructuario no se sirve de la cosa, si la servidumbre deja de prestar la utilidad establecida al fundo dominante, en tales casos se pierden esos derechos; la propiedad en cambio no se extingue aunque su titular nada haga con respecto a la cosa objeto de su derecho ni cualquiera sea el número de años que transcurra, y sólo si otro la ha utilizado como propia y se dan los demás requisitos para que se cum-

plan la usucapión o la prescripción adquisitiva por largo tiempo, entonces el propietario perderá el dominio, pero no como una consecuencia directa de la extinción del mismo, sino por la aparición de otro propietario que lo excluirá.

Es más importante tener en cuenta el sentido que hemos dado al ius abutendi que el que se le ha querido asignar luego vinculándolo a un ejercicio antisocial del derecho. Los romanos no ignoraron los fines sociales que la propiedad debe cumplir: baste al respecto con recordar los términos del rescripto de Antonino Pio al gobernador de Betica con motivo de los esclavos de Julio Sabino que se quejaban y pedían protección por la crueldad excesiva que hacia ellos había mostrado su amo.- Lo que se hace resaltar con el ius abutendi es que el dominio no se pierde por el no uso y además que se puede alterar la sustancia de la cosa, lo que no ocurre con otros derechos reales, como surge de la definición del usufructo que nos da Paulo: D.7,1,1,.

289o.) Clases.- La evolución histórica del Derecho Romano conoció varias clases de propiedad; si bien en los comienzos sólo pudo haber una: el dominio quiritario, y al final del desenvolvimiento, con Justiniano, también hubo una, la propiedad o dominio, en las fases que mediaron entre ambas épocas, y en virtud de particularidades propias del derecho romano hubo varios tipos de propiedad. Así junto al dominio ex iure quiritium apareció y por obra de la economía una situación paralela tutelada al comienzo por interdictos pero que con la creación de la fórmula petitoria se convirtió en propiedad del derecho de gentes.- Recaía la misma sobre las res nec mancipio, o cuando el adquirente no gozaba del ius commercii (del derecho de realizar los actos del derecho quiritario), y no se llamaba dominio o propiedad sino que como todas las instituciones del ius gentium, se designaba por una perifrasis: in bonis habere (tener en el patrimonio). En la época clásica se convirtió empero en verdadero dominio pues en cuanto la acción reivindicatoria pudo amparar también a esas situaciones prácticamente obtuvo la jerarquía que gozaba el derecho similar de los quirites o ciudadanos.

Situación diferente era la del ager publicus ya que mientras no se asignara este en propiedad al ciudadano, no se reconocía por el Esta

do al titular el poder jurídico que el dominio comportaba, aunque desde el punto de vista económico tuviera todos sus atributos, salvo quizá en lo que concernía al ius abutendi, que se vería restringido por la necesidad de la explotación de los campos.

Con las conquistas militares el pueblo romano extendió su dominio a las tierras de los pueblos vencidos que se transformaron en provincias desde el punto de vista político, y desde el particular los fundos en parte fueron reservados a los antiguos propietarios como concesiones precarias en virtud de las cuáles debían pagar impuestos: fueron los agri stipendiarii o los agri tributari, según que pagaran contribución al Erario o caja del pueblo romano o a la caja del emperador. Teóricamente dichos campos eran de propiedad del pueblo o del Estado romano, pero en la práctica sus titulares gozaban de todas las ventajas económicas de la propiedad.

Todas las situaciones reseñadas se distinguían de la propiedad romana, fuera del derecho civil o del derecho de gentes, pues constituían concesiones del Estado y se hallaban sometidas al pago de contribuciones, mientras que el dominio romano se hallaba exento del mismo. De ahí también la distinción entre fundos de derecho itálico que eran aquéllos dónde por imperar el derecho romano cabía la posibilidad del dominio, de los fundos provinciales dónde dicha posibilidad no se daba. Y conste que no interesaba el lugar dónde estuvieran ubicados pues podía ocurrir que en provincias hubiera, como los había, fundos itálicos, si en alguna parte de ellas se establecía una colonia romana o latina o bien de derecho itálico. Sólo en Italia propiamente dicha no cabía la posibilidad de que hubiera tierras provinciales.

Como el dominio era para los romanos anterior al Estado les resultaba imposible concebir que pudiera estar sometido a tributo; ya que este representaba para ellos el reconocimiento de un señorío ajeno y como tal incompatible con el carácter exclusivo que a sus ojos la propiedad debía tener. La idea de que este es un derecho que proviene del poder político y como tal se halla sujeto a gravámenes y puede también ser tomado, si la ocasión se presenta, por la autoridad por razones de utilidad pública, proviene de la época postclásica cuando se extendió la

concepción que se había tenido, con anterioridad, de las tierras provinciales, a todos los inmuebles del imperio. Justiniano culminó el proceso eliminando la distinción entre tierras de derecho itálico y tierras provinciales.

El mismo dominio del derecho de gentes había participado de mencionado carácter que había sido propio del derecho quiritario, en virtud del fenómeno que hemos ya señalado en otras ocasiones, durante el presente curso, o sea de que los magistrados trataron en lo posible de moldear las instituciones que elaboraban sobre la base de la equidad, a ejemplo de las que les ofrecía el derecho civil en sentido estricto.

Pero este distingo entre la propiedad quiritaria y la bonitaria ha sido objeto de difíciles controversias pues se ha puesto en duda los alcances y significado del mismo. Enseña Teofilo en su Parafrasis, I.1, 5 y 4: "Hay entre los Romanos un dominio legítimo y un dominio natural- Y el natural se dice "in bonis" y el propietario bonitario; el legítimo - en verdad se llama así por el derecho de los quirites.", citado por - Gluck, op.cit.nota 36, p.35. Lib.VI, 1. La misma expresión "in bonis" emplea Ulpiano en sus Fragmentos I, 16.

Cuándo hay dominio quiritario y cuando es bonitario? Galvano en su trabajo Sobre el Usufructo, cit.por Gluck, p.36, contestó la pregunta diciendo que la propiedad era bonitaria cuando se había adquirido por un modo previsto por el derecho de gentes y no por el derecho civil En ambos casos existía la tutela de la acción reivindicatoria, con la diferencia de que cuando la propiedad era quiritaria en la "ententio" se afirmaba que la cosa era del reclamante en virtud del derecho de los - quirites y en cambio cuando era solamente natural, se decía simplemente que la cosa era del que deducía la acción.

Francisco Carlos Conrado, en su Libro singular sobre las verdaderas diferencias entre las cosas mancipi y nec mancipi, Helmstad 1739, - cap.4 y ss.cit.por Gluck, ps.37 y ss. en cambio vinculó la distinción entre dominio quiritario y natural con la categoría de las citadas cosas; de modo que el primero correspondía a las res mancipi transmitidas por los modos de adquirir previstos por el derecho civil, y el segundo a las res-

nec mancipi transmitidas por vías del derecho de gentes.Reuter, otro autor, sostuvo que sólo con respecto a las res mancipi podía hablarse de dominio de derecho civil o natural;con respecto a las otras no había propiedad quiritaria o bonitaria.

Gluck, op.cit.ps.38 y ss.se opone a esas teorías señalando que se podía adquirir la propiedad civil de res nec mancipi por modo del derecho de gentes, como las cosas que se tomaban a los enemigos que de inmediato se hacían del captor:Gaio D.41, 1, 5 y 7;las gemas, piedras corales que arroja el mar, Florentino, D.8, 3, 1, 2, 1, y 18;Ulpiano, D.41, 7, 1:la cosa abandonada, de inmediato deja de ser nuestra y se hace del ocupante.Ulpiano Fragmentos Tit.19 y 7, señala que la tradición para las cosas nec mancipi es un modo de adquirir la propiedad quiritaria, y Paulo D.6, 1, 23 pr.dice que la acción reinvindicatoria tutela tanto la propiedad quiritaria como la del derecho de gentes.Es indudable, señala el mismo autor, que sobre las res nec mancipi podía recaer la propiedad del derecho civil, como lo prueba el legado per vindicationem que podía recaer sobre cosas fungibles que no eran res mencipi por naturaleza. Y sigue dando todavía dos argumentos más, pero no podemos compartir el criterio de Gluck que llega a considerar que podía haber dominio quiritario sobre las res nec mancipi transmitidas por tradición con justa causa.

La evolución en esta materia debe haber seguido el siguiente curso:los primitivos modos de adquirir habrán recaído al principio sólo sobre las res mancipi, las únicas entonces admitidas por la regulación jurídica.Posteriormente la economía creciente de la comunidad habrá permitido extender a las cosas no previstas por las organización clánica los modos de transmisión o adquisición del derecho civil.Pero los modos que introdujo el derecho de gentes no pudieron recibir cabal recepción hasta el momento que se elaboró la fórmula petitoria, de manera que la propiedad natural no tuvo cabida hasta ese acontecimiento;antes sólo pudo devenir dominio, si los requisitos se cumplían, por obra de la usucapio.Los textos que cita Gluck no tienen la importancia que les da el autor pues obedecen a juristas de una época en que estaba en auge la fórmula petitoria, o bien al período de Justiniano.

La tradición con justo título no pudo nunca ser un modo de adquirir el dominio quiritario;bien está que este pudiera recaer sobre las-res nec mancipi pero siempre a condición de que se adquirieran por un modo previsto por el derecho civil en sentido estricto.

290o.) Restricciones legales.- La circunstancia de que las cosas deben-servir a los hombres para alcanzar los fines que se proponen, y - el hecho de que los mismos vivan dentro de una comunidad de intereses, justifica que el orden jurídico no pueda desinteresarse del destino o del uso que se dan por sus titulares a los bienes, y si bien no se concibe una acción en tal sentido de parte de Estado que llegue a imponer modos de administración determinados al propietario, se admite en cambio que se-fijen ciertos límites por la ley para que no resulte el ejercicio del dere cho perjudicial para los demás.De ahí las limitaciones o restricciones - que la propiedad experimenta por obra de la misma comunidad organiza da jurídicamente.

Las mismas obedecen a diferentes criterios, unos se hallan basados en las ideas religiosas, otros en las sociales o culturales, un tercer - grupo en las relaciones de vecindad.

Se comprende que por razones religiosas se prohibiera cremar o sepultar un cadáver en un terreno ubicado en la ciudad, o bien que se - concediera, aún contra la voluntad del propietario, derecho al titular de un fundo para que pasara por el de aquél a los efectos de dirigirse a un sepulcro de su familia o hereditario;una constitución de Severo y Caracalla permitió compeler extra ordinem al propietario renitente mediante el pago del justo precio;se trataba dice Ferrini op.cit.p.456, nota 3,- no de un verdadero ius itineris, sino de un iter precarium, D.11, 7, 12 pr.

Para facilitar el uso del río navegable se hallaban los propietarios de las riberas constreñidos a permitir el uso de las mismas, no pudiendo hacer en ellas nada que pudiera constituir un obstáculo a la libre navegación;Paulo llega a llamar públicas las riberas, D.43, 12, 3.

Javoleno en D.8, 6, 14 y 1 nos enseña que si la vía pública adyacente a un fundo ha sido invadida por impetu del río o ha sufrido ruina, el propietario del inmueble vecino debe facilitarle al dueño del primero

el derecho de paso por el propio.Se entiende que ello ha de ser en forma transitoria hasta tanto pueda el perjudicado lograr nuevamente la salida de su tierra.

Por la ley de las XII Tablas se prohibió edificar en la ciudad en un ámbito de dos pies y medio del fundo colindante;de modo que entre ambos edificios debía quedar un espacio libre de 5 pies, regla que no se mantuvo siempre dándose el caso de casas edificadas junto a una pared común.De esa antigua restricción nació luego el espacio que debía mediar entre los edificios que así aislados se llamaban "insulae" (islas).Arcadio y Honorio C.Th.15, 1, 46, ordenaron que debía dejarse un espacio de 15 pies entre un edificio privado y uno público, y Honorio y Teodosio En C.8, 10, 11, fijaron en 10 pies la distancia que debía mediar entre aquél y los balcones o saliencias de un edificio particular, Ferrini, op.cit.p.458.Zenon fijó en 12 pies la distancia mínima entre edificios privados C.8, 10, 12 pero parecía que la norma sólo se había dictado para ser aplicada en Constantinopla;Justiniano la extendió a todo el Imperio:C.8, 10, 13.Ferrini, op.cit.p.459.Hasta la altura de los edificios, dice este autor, fué objeto de la preocupación de los emperadores, citando una constitución de Zenon que fijó en 100 pies la altura de los edificios que daban sobre el mar:C.8, 10, 12 y 4.

Para evitar que se demolieran los edificios se dictó el Senadoconsulto Osidiano que castigó con multa del doble del precio convenido al que vendía y al que compraba una casa, en la ciudad, para derruirla:D.18, 1, 52, Paulo:el comprador debía pagar al Fisco en concepto de multa el doble del precio y el vendedor perdía la cosa y no podía reclamar el pretium de ella.D.39, 2, 48;Marciano:si la cosa no había sido entregada por el vendedor tanto este como el comprador debían dar al Fisco como pena la suma fijada como precio.Igualmente se prohibió legar casas para ser destruídas y que se demolieran edificios por el propietario sino lo hacía para reconstruirlos, y tampoco se permitió que se sacaran los mármoles y columnas de las casas aunque fuera para trasladarlas a las villas que poseía el mismo dueño, Ferrini, op.cit.p. 460.

Otra limitación del dominio tuvo lugar con motivo de las minas

La palabra "metalla" indica en las fuentes, o los lugares dónde hay - metales o canteras, o los materiales mineros. También se denominan - "lapidicinae". Estas se clasificaban en públicas y privadas. Minas públicas había en Occidente, en Africa, y en el Imperio Oriental, la diócesis de Oriente, en la Póntica, en la de Asia, etc.

En la época clásica no era posible que un tercero ingresara a terreno ajeno a explorar y explotar minas, ni aún por razón de utilidad pública, D.8, 4, 13 y 1, Ulpiano, pero en el Bajo Imperio cambió el criterio. Se permitió al dueño explotar las minas de su terreno C.Th.10 19, 1 y 2, pero igualmente se concedió esa facultad a los extraños, C Th.10, 19, 8, 10, 11, 14. Se concedió a cualquiera la potestad de explotar canteras de mármol, salvo bajo los edificios, C.Th.10, 19, 14, y se les dió el derecho de venderlo, donarlo, y de transferir su derecho, C Th.10, 19, 1 y 11, con la condición de que pagaran el vectigal del décimo al Fisco C.Th.10, 19, 8, 10 y 11 y al dueño del terreno C.Th.10-19, 9, 10 y 11. Se permitía ceder el derecho siempre que se pagara un impuesto llamado "portorium", a no ser que se tratara de personas exceptuadas como los senadores de la ciudad de Roma, C.Th.10, 19, 3. A veces se prohibió dicha cesión, C.Th.10, 19, 3.

Los que trabajaban en las minas fiscales se llamaban "metallarii", y los empleados en las minas de oro "aurileguli". Podían dedicarse a esas tareas voluntariamente y lo hacían en los lugares de su nacimiento, no pudiendo ellos ni sus hijos abandonarlos. También trabajaban en esas minas los condenados criminalmente.

Por razones de vecindad encontramos las siguientes limitaciones sistematizadas por Arndts Serafini, que seguimos: 1o) el propietario debe tolerar las ramas del árbol del fundo vecino que se proyectan sobre el propio siempre que estén a 15 pies de la tierra y que no invadan un edificio, D.43, 27, C.8, 1, 1; 2o) le debe permitir al vecino que cada tres días recoja en el propio los frutos que del suyo han caído, D.43, 27 3o) debe tolerar el humo que proviene de la casa colindante siempre - que sea moderado, D.8, 5, 8 y 5-7; 4o) tolerar que el muro del vecino sobresalga sobre su terreno medio pie, D.8, 5, 17 pr.; 5o) acordarle en caso necesario el paso por su casa o fundo, mediante una compensación en -

dinero, arg.D.8,6,14 y 1;D.11,7,12 pr.6o)No le debe impedir la corriente de aire que permita al vecino aventar el grano del cereal;C.3, 34,14 y 1,7o) no puede desviar en perjuicio del vecino el curso del agua de lluvia;D.39,3,8o) debe mantener su edificio de modo que no amenace ruina o constituya un peligro para su vecino.Tampoco puede el propietario de los materiales empleados para hacer un edificio en suelo ejeno pedir la separación de los mismos a fin de reivindicarlos, debe conformarse con que se le pague el doble del valor mediante la actio de tigno iuncto.

El dueño del fundo inferior debe recibir las aguas del fundo superior sin que le sea lícito hacer obra alguna mediante la cúal cambiando el curso de las mismas perjudique al propietario del primero:D.39,3, 1 y 2;D.39,3,22.Tampoco se admite que el propietario del fundo superior haga trabajos que perjudiquen al del fundo inferior.D.39,3,1 y 1; D.39,3,18;en caso de violación de esos preceptos compete al perjudicado la actio aquae pluvice arcendae.El propietario del fundo inferior puede sin embargo, siempre que no perjudique al vecino, reconstruir el túmulo o hacer obras para moderar el impetu de las aguas que provienen del inmueble superior D.39,3,2 y 5;D.39,3,6 ver Warkoening, Comentarios de derecho romano privado, en latín, t.1, Lieja 1825, p.543.

Se discute si los romanos conocieron la teoría de los actos emulativos;consisten estos en actos realizados por el propietario en su cosa que, sin beneficiarlo, perjudican al propietario vecino.El principio clásico, según Ferrini, op.cit.p.461, era el expuesto en D.50,17,55, osea que nadie comete dolo si ejercita su derecho, y en D.50,17,151 que dice que nadie causa daño salvo que haga lo que no tiene derecho a hacer.Se encuentran sin embargo fragmentos que consideran ilícitos los hechos del propietario cuando los realiza con malicia, para perjudicar a otro, pero Ferrini considera que se trata de textos interpolados pues provienen de criterios de la época postclásica, y aún así, señala, constituían limitaciones no de carácter subjetivo sino objetivo, op.cit.ps.462 y 463.Reconoce sin embargo que en la época de Justiniano el dominio adquirió un relavante contenido social que justificó la imposición de nuevas limitaciones.Por la teoría amplia de la prohibición de los actos

emulativos se pronuncia Gluck, op.cit.Libro VI, trad.italiana p.25 y cita D.50, 10, 3 pr.Otros textos que sirven para sustentar tal criterio son los siguientes y los cita Ascoli en la nota a)ps.25 y ss.de la obra de Gluck:D.6, 1, 38;D.47, 10, 44;D.39, 3, 1 y 11 y 12;Nov.263;1 2, 8 y 2 ; Gaio, 1, 53;D.39, 2, 29;D.8, 1, 9; D.9, 2, 39;D.47, 8, 2, y 29;D, 39, 2, 24 y 12;D.9, 2, 29 y 7;D.19, 5, 14.Pero Scialoja observó que en todos esos casos no se trata de un daño ocasionado por el ejercicio de un derecho sino precisamente en ausencia del mismo, señalando que lo que se prohibía era el acto objetivo en sí, sin tener en cuenta la intención con que se llevaba a cabo, nota de Ascoli, op.cit.p.26.Los textos reconocen la libertad absoluta al respecto del propietario para actuar sobre la cosa propia:D.50, 17, 55, 151;D.8, 2, 9;D.39, 2, 24 y 12;D.39, 2, 26;D.8, 5, 8 y 5.

Otras de las limitaciones impuestas al dominio es la expropiación por causa de utilidad pública.Se discute si los romanos conocieron normas generales sobre la misma.Los que se pronuncian por la afirmativa citan textos que según Ascoli, op.cit.ps.57 y 58, nota a)pueden agruparse en 3 categorías:1o)Los que imponen, en casos de carestía, la obligación a los particulares de ceder los víveres y mercaderías de su propiedad:C.10, 27 1 y 2;D.7, 1, 27 y 3;2o) Los que constriñen al propietario a vender a sus esclavos si los trata con crueldad excesiva, o les dan la libertad para premiarlos por sus servicios al Estado o por razones de interés público;Gaio, 1, 53, 1.1, 8 y 2;D.1, 6, 2, D.40, 8, 2, C.7, 6, 1 y 3; C.11, 41(40), 6, C.1, 10, 1 y 2;D.29, 5, 16;C.7, 13, 1, 2, 3 y 4;D.40, 8, 5; D.48, 5, 28(27(;3o)Los textos que se refieren a los acueductos o a otras obras públicas:C.11, 43(42);1;C.8, 11(12), 9, 14, 18;C.Th.15, 1, 50, 53, - Nov.7, cap.2.Los textos del primer grupo, dice Ascoli, se vinculan a la expropiación por causa de utilidad pública, pues es indudable que se compelía al propietario a vender, o sea que recibía el precio de las cosas.Algo parecido podía ocurrir cuando el Estado concedía la libertad por razones relevantes a los esclavos de los particulares, o bien cuando se los constreñía a venderlos en virtud de servicias.Tito Livio cuenta que el Senado dispuso expropiar los libros de un tal Petelio por considerar que eran perjudiciales para la religión.Pero en todos esos casos -

no se ve la existencia de normas generales relativas a la expropiación; constituían soluciones particulares.Sólo se observan disposiciones generales con respecto a las mercaderías y a la venta de los esclavos cuando sus amos los trataban con crueldad.Y concluye el autor citado que en materia de muebles se hallan normas relativas a la expropiación, no así en cuanto a los inmuebles, la que sólo se admitió aún en la época de Justiniano en casos excepcionales.Los textos relativos al tercer grupo no son concluyentes y suponen siempre especies particulares que no se fundan en reglas generales y constantes, establecidas de antemano;- se daban para cada caso en particular.

En la época postclásica hallamos una institución singular fundada en la necesidad de abastecer de víveres a las poblaciones en los momentos de carestía.Nos referimos al Synoneto:C.Th.11, 15, 1, llamado en latín "coemptio", C.11, 23, 2, por el cúal los provinciales estaban compelidos a vender al Fisco "species annonarias"(granos)a precios de mercado;llamados también precios forenses.Había un funcionario encargado por el emperador de realizar esas compras, era el Sitonico, Novela 30. Dice Jacobo Godofredo en sus comentarios al Código Teodosiano en latín, Lyon 1665, t.4 ps.106 y ss."Publica comparatio como se lee en la rúbrica (de C.Th.11, 15)se llama compra de los diversos víveres en la ley 1, en C.Th.11, 17, 4 y C.Th.15, 1, 49 se habla de la compra de los víveres, y nominalmente del trigo, de dónde deriva la expresión "coemptio frumentaria" que se usa en C.Th.14, 16, 3;frumentaria comparatio C. Th.14, 16, 1.Igualmente se la llama Venalicio C.Th.6, 26, 4.A veces se la llama Synoneton.C.Th.11, 15, 1, cuya voz corresponde a la latina "coemptio", como "coemere", y en forma simple "emere", en C.Th.14, 16, 1, o en virtud de alguna otra urgente necesidad como por ejemplo la guerra, C.11, 17, 4, los provinciales tenían sobre sí una especie de contribución "annonaria" por la que debían entregar suministros a cambio del precio que les pagaba el fisco, de modo que con la forma de la compra, debían vender los frutos para los usos públicos, por los precios que tuvieran en el mercado las cosas venales".

Estaban sujetos a esa compra venta forzada los más ricos posee

dores de haciendas.En C.Th.11,15,1,se eximió de esa carga a los "actores" y procuradores de los senadores que administraban en provincias las posesiones de estos.Como señala Godofredo dicha constitución era una parte de una oración del emperador Constancio dirigida al Senado por la que se exceptuaba a los senadores de la contribución del lustro, de los metales, de la de obras públicas, de los tributos que había que- pagar por los colonos fugitivos.La exención era un privilegio y no fué- reproducida en el Código de Justiniano.

La referida coemtio revestía la naturaleza de una compraventa obligatoria:como contrato era voluntario pero el carácter público que revestía hacía que los propietarios estuvieran constreñidos a entregar- las especies, de ahí que Libanio, Epístola a Modesto 266, coloque la - coemtio entre los impuestos.Boetio en su obra Sobre la consolación dice que en tiempos de aflicción para la Compania, el rey dispuso que no se exigiera la "coemtio".Comentando Godofredo C.Th.11,15,2 que es una constitución de Teodosio I, dice que el precio era fijado por el - Prefecto del Pretorio, y que no ha producirse mora alguna en el pago - de las especies.Luego de señalar que estaban eximidos de dicha venta- los plebeyos, indica los caracteres que la institución tenía.era una compra venta voluntaria y no necesaria;el precio debía pagarse de inmediato, siendo determinado el precio por el Prefecto del Pretorio y no por - el de la ciudad como algunos pensaban;el precio se fija por dicho magistrado conforme al del mercado(precio forense).

De aquí, nos dice el autor mencionado, ha surgido la cuestión - de si en tiempo de carestía han de venderse los artículos de primera necesidad a precio justo o vil.Y observa que debe ser justo.

La institución nació para hacer frente a las carestías de trigo - que provocaban el hambre de los pueblos de Oriente y de Antioquía - en Siria;Libanio, Sobre su vida, ps.64 y 69 y al final de su Oración contra Icario, p.462, hombre que persistió durante el gobierno de los 3 condes de Oriente durante los años 382, 383 y 384.Esos condes fueron:Filagrio en el año 382, C.Th.8,5,41;Próculo, años 382 y 383, C.Th.12,1,70 y 103, C.Th.8,4,14, C.Th.15,1,12 e Icario.Dice Libanio, Sobre su vida p.64, rifiriéndose a aquélla carestía de víveres"Los magistrados compra

ban el trigo en cualquier lugar dónde lo hallaran:el precio del mismo-llegó a los más altos niveles.Cuando en verdad Filagro, varón clarísimo ascendió al mayor trono(es decir al Condado de Oriente), como no pudiera mejorar las cosas, contentándose con que no se hicieran peores, - exhortó al cuerpo de los panaderos para que fueran más equitativos, considerando que no era conveniente imponerles obligación alguna...Teodosio a los efectos de poner coto en lo posible al hambre tuvo que recurrir al remedio del Synoneto, constriñiendo a los más potentes a cede los artículos de primera necesidad a cambio de un precio.La circunstancia de que C.Th.15, 1, 2, se halla firmada en Beritos confirma lo dicho.

La propiedad privada podía tomarse para cumplir fines de utilidad pública pero se imponía la compensación.En C.Th.15, 1, 50, hallamos un rescripto de Honorio y Teodosio II a Isidoro Prefecto de la Ciudad, del año 412, por el que se establece que los edificios o lugares - privados que se ocupen para la construcción del pórtico de las Termas-Honorianas de Constantinopla se permutarán con el terreno de una antigua Basílica.Y dice Godofredo en su comentario al texto, op.cit.t.5-ps.322 y 323, que no fué costumbre quitar a los particulares sus posesiones por razón de obras públicas sin retribución.En los ejemplos que da Suetonio, Octavio, cap.25 constituyen una excepción, pues Augusto para proteger el Rin y las colonias de Iliria impuso a los ciudadanos más ricos que compraran esclavos y los manumitieran enseguida, a fin de colocarlos como soldados en aquéllos sitios, y no se habla para nada de - compensación alguna, Nisard, op.cit.Suetonio, p.41.Lo común era pagar una indemnización.Frontino.De los acueductos de Roma, cap.128, Nisard op.cit.p.335, dice que los antepsasados actuaron con tal sabiduría que si queriendo construir un acueducto, hallaban dificultades de parte del particular en la venta de una porción del campo, lo adquirían - totalmente, etc.Una de las formas de indemnizar era la permuta.El problema radica en determinar qué ocurriría si el propietario se negaba a vender el inmueble.Por Tito Livio, Historia XL, ed.Nisard, t, 2, ps.580 y 581, sabemos que se frustó la construcción de un acueducto público por obra del propietario que se negó a que pasaran los conductos por su - campo, y los censores parece que nada pudieron hacer.Ciceron escri -

biendo a Atico con motivo de la ampliación del foro, le dice que se debió pagar un precio excesico a los propietarios de los terrenos afectados para que estos se avinieran a vender.

Con respecto a los inmuebles no se encuentra, pues, como enseña Ascoli en la nota citada disposición general relativa a la expropiación; la Novela 7 de Justiniano, cap.2, la establece pero sólo con respecto a los inmuebles de la iglesia y no de los particulares.

291o.) Restricciones a la facultad de enajenar.- El titular del dominio puede ver limitado su derecho de enajenar la cosa en virtud de la ley, el testamento o la convención.

Cuando es la ley que prohibe la enajenación como en el caso de la ley Julia que prohibió al marido vender los inmuebles dotales de la mujer sin el consentimiento de esta, la transmisión carece de toda eficacia y no produce ningún efecto ni aún frente a terceros adquirentes del derecho de propiedad o de otros derechos reales: I, 2, 9 y ult.; D. 27, 9, 5 y 15; C.5, 71, 15. Salvo excepciones; el que enajenó infringiendo la prohibición carece de la acción reinvindicatoria: así no la tiene el marido en el ejemplo ya dado, sino la mujer o los parientes o herederos de esta.

Tampoco es válida la enajenación que haga el heredero de la cosa que le dejó el causante en el testamento con la prohibición de disponer de ella: C.6, 43, 1 y 2; D.31, (II), 88 y 14; D.36, 1, 3 y 13.

Cuando la prohibición surge de una convención, la enajenación que haga el propietario es válida pero deberá responder por la acción personal frente al que al transmitirle el dominio le impuso la necesidad de disponer de la misma, indemnizándolo de los daños y perjuicios que pueda sufrir por ello: D.2, 14, 61; D.18, 1, 75; D.19, 1, 21 y 5; D.45, 1, 135, C.4, 6, 3.

Si el acreedor hipotecario conviene con el que constituye la garantía que este no ha de poder enajenar la cosa mientras subsista aquélla, se pregunta si el pacto es o no válido. Aparentemente en D.20, 5, 7 y 2 se dice que la venta a que se hiciera contra la prohibición sería nula pues debe respetarse lo pactado. Según Accursio, citado por Arn

ts, nota 5 t.1, ps.244 y 245, otro manuscrito decía que el pacto era nulo Jano Da Costa corrigió el texto en el sentido de que era el deudor que pactaba con el acreedor la prohibición para este de enajenar la cosa. Puchta siguió este criterio nos dice Arndts.

También puede el juez prohibir a una de las partes que enajene una cosa a pedido de la otra;siempre y cuando esta última tenga derecho a solicitar tal medida;en caso de que se acoja la petición y prohiba el juez disponer del bien, si se infringe el mandato la venta o acto de enajenación carece de todo valor.

292o.) Modos de adquirir el dominio.- El dominio puede adquirirse por modos universales o singulares;los primeros son los que corresponden a las sucesiones a título universal, sea por actos entre vivos o-mortis causa como la herencia.Con respecto a los segundos, o sea a título particular, puede ocurrir:1o)que la adquisición sea originaria;o 2o) derivada.En el primer caso se adquiere el derecho sin recibirlo de nadie:no hay sucesión o transmisión ;en la segunda forma en cambio la - hay y puede hablarse de un antecesor y de un sucesor.

Por lo general los derechos reales no pueden adquirirse en Derecho Romano si además de una justa causa o título no existe un modus adquirendi.

Estos modos de adquirir podían ser del derecho civil o del derecho de gentes.A los primeros pertenecían:a)la mencipatio;b)la in iure cessio;c) la usucapión;d) la adjudicatio o adjudicación y e) la ley. Los segundos son 1o) la ocupación;2o) varios casos de accesión; 3o) la tradición; 4o)la prescripción adquisitiva.

293o.) La Mancipatio.- Era un negocio abstracto per aes et libram, o sea que se realiza mediante el cobre y la balanza, con la intervención del libripens o porta balanza, las partes, y por lo menos cinco testigos ciudadanos varones, púberes, hábiles.Se requería la unidad del acto y que este se desarrollara en Roma o en terreno de derecho romano, asimismo aunque esto es discutido, sólo podía utilizarse este modo-para las cosas mancipi.No era menester que se hiciera entrega de la - cosa, bastaba con que se cumplieran las formalidades previstas, pero era necesario que las partes fueran ciudadanos o que tuvieran el ius com

mercii, es decir la capacidad necesaria para realizar los actos jurídicos del derecho quiritario.

Además la mancipatio requería el empleo de ciertas palabras - formales:Ulpiano, Fragmentos tit.19 y 3.

Cosas mancipi eran los predios ubicados en suelo itálico, fue - ran rústicos como los fundos o urbanos, como las casas;lo mismo los iu- ra de los predios rústicos:la via, el iter, el actus, el aquaeductus, los es clavos, los cuadrúpedos que se domaban por el cogote y el lomo, como los bueyes, las mulas, los caballos, los asnos, pero no los elefantes y los camellos, aunque se domaran, pues estaban catalogados entre las bes - tias.Ulpiano Fragmentos, tit.19 y 1. La mancipatio dice el mismo juris - ta tiene lugar entre los ciudadanos romanos y los latinos coloniarios, los latinos junianos y los peregrinos a los que se ha concedido el ius com - mercci, y 4;el commercium es el derecho de comprar y vender según el derecho civil, y 5.Las cosas muebles sólo podían manciparse siempre - que estuvieran presentes en el acto, y podían menciparse aunque fueran varias a condición de que su número fuera tal que pudieran tomarse con la mano.Los inmuebles por el contrario podían manciparse aunque no - se hiciera el acto en el lugar dónde se encontraban y aunque se trata- ra de bienes ubicados en diferentes sitios, y 6, pues en tales casos era - posible tener en la mano distintos terrones correspondientes a los diver sos inmuebles que se transferían.

La mencipatio como la categoría de las res mancipi desapare - ció con Justiniano.

Nuestra anterior afirmación de que sólo podían transmitirse por mancipatio las res mancipi no es pacífica.La contradijo Voigt citado - por Ascoli, op.cit.nota a)ps.44 y ss.de la obra de Gluck, lib.VI tit.I so- bre la base:1o) de Gaio, II, 204 que afirma que basta para la res nec - mancipi que se entregue mediante tradición:luego, dice Voigt, podía - transmitirse también por mancipatio;2o)la hereditas era una res nec man cipi y sin embargo podía trasmitirse por mancipatio, Gaio 2, 252, Teofi- lo, Parafrasis, II, 23, 3, edición de 1620, p.293, 3o.columna.3o)Las fuen - tes traen ejemplos de mancipaciones de cosas que eran indudablemente nec mancipi, como los nichos o urnas funerarias(columbaria, ollaria, o-

llae cinariae);4o)Según hemos visto Ulpiano admitía que pudieran mancíparse más de una cosa si estas podían aprehenderse al mismo tiempo con la mano, y Voigt observa que no hay cosas mancipi muebles que puedan tomarse simultáneamente;5o)Las mancipaciones de los ciudadanos romanos y de la familia en el testamento per aes et libram;6o)Tácito, Anales 1,73;7o) Plinio, Hist.Natural, 9, 35, 117-124.

Ascoli señala que no puede aducirse el ejemplo de la herencia pues GAio se refería a una venta nummo uno, la que tenía lugar mediante la in iure cessio;los nichos o urnas se hallaban en suelo itálico, formaban parte del terreno y por ello se requería la mancipatio;tampoco, aduce, es posible admitir que no se pudiera tener con la mano al mismo tiempo más de una cosa mancipi:por ejemplo dos caballos por las crines. Tacito se refiere a la mancipatio no sólo de la estatua de Augusto sino del inmueble en que aquélla se encontraba que era, sin duda, res mencipi:en dicho texto se acusaba en tiempos de Tiberio a Falanio de haber vendido con sus jardines una estatua de Octavio:ver Tacito Obras completas, colec.Nisard, Paris 1869, ps.30 y 31.La objeción más seria concluye Ascoli está en el texto de Plinio que dice que por mancipatio Lolia Paulina había vendido sus perlas y Ulpiano no enumeraba estas entre las res mancipi, pero aún así puede entenderse el pasaje en el sentido de cosas afectadas a las garantías que debían suministrar los publicanos al Estado, op.cit.p.44.

294o.) La in iure cessio.- En sus Fragmentos, tit.19 y 9 dice Ulpiano que la in iure cessio es una enajenación común a las cosas mancipi y nec mancipi, y se realiza por tres personas "in iure", es decir, ante el tribunal:el que cede, el que vindica, y el magistrado que adjudica, y 10, pudiendo transmitirse por dicho procedimiento también las cosas incorporales como el usufructo, la herencia y la tutela legítima, y 11.Por in iure cessio se manumitía mediante la Vindicta, ante el pretor.

La in iure cessio se realizaba ante el Pretor u otro magistrado-mayor del pueblo romano, o ante el gobernador de Provincia.El que iba a adquirir la cosa la tomaba con la mano y decía:Afirmo que este esclavo(si se trataba de un siervo)es mio por el derecho de los quirites.-

Luego el pretor preguntaba a la otra parte si iba a vindicar, esta decía que no o callaba, y el magistrado adjudicaba la cosa al primero. La "in iure cessio" configuraba pues una simulación de la acción reivindicatoria. Técnicamente no se producía el traspaso del dominio o del derecho sino que confería una excepción al adquirente en caso de que el transmitente accionara contra él, pero en la práctica producía todos los efectos de la enajenación.

295o.) La usucapión.- Modestino la define en D.41, 3, 3, como la adquisición del dominio por la continuación de la posesión durante el tiempo definido por la ley. Fué introducida por la ley de las XII Tablas con estas palabras: "El uso de la autoridad del fundo, a los dos años; de las otras cosas, sea el uso del año", Tabla VI. Al principio se aplicaba a las res mancipi transmitidas por el propietario quiritario a quién tenía el ius commercii o sea la capacidad para adquirirlas por el derecho civil, pero utilizando un modo del derecho de gentes; se extendió luego a las adquisiciones efectuadas "a non domino", y sólo se requería que no se tratara de cosas furtivas o arrebatadas por la fuerza siempre además que fueran susceptibles de figurar en el patrimonio; no se requería en cambio ni justo título ni siquiera buena fé. Luego cambió la teoría cuando se refundió con la praescriptio longi temporis que fué una creación pretoriana. Estudiaremos el problema conjuntamente con esa última institución cuando nos ocupemos de la misma.

296o.) La adjudicatio.- Era un modo de adquirir la propiedad ú otros derechos reales que se caracterizaba porque era el iudex o juez, in iudicium, en determinados casos, que tenía la facultad de constituir el dominio, el usufructo, una servidumbre, etc. a favor de una persona. La "adjudicatio" era una parte de la fórmula que figuraba en tres acciones: la actio finium regundorum (de regulación de límites de campos) la actio communi dividumdo (de división de condominio) y la actio familae hersciscundae (de división de herencia): Ulpiano Fragmentos tit. 19 y 16. En esos casos la misma sentencia del juez era la que tenía la virtud de transferir el dominio.

297o.) La ley.- Por la ley, dice Ulpiano Fragmentos tit. 19 y 17, se adquiere para nosotros, como las partes caducas o el erepticio por la ley Papia o Poppea, o el legado (per vindicationem) por la ley de las XII Tablas, se trate de cosas mancipi o nec mancipi.

298o.) La subasta.- Se añade a los citados otro modo de adquirir el dominio por el derecho civil, a saber la subasta llamada también "auctio"; consistía en la venta que se hacía públicamente, por obra del magistrado que adjudicaba la cosa al mejor postor, la invitación a ofertar se hacía mediante pregón y la cosa se colocaba bajo la tutela de una lanza, de ahí el nombre de subasta (sub hasta: bajo la lanza). Se llamaba Auctio, dice Pothier, op. cit. t. 3. I p. 113 porque se adjudicaba la cosa al que ofrecía al mayor precio, y el derecho que se adquiría por la Auctio se llamaba "auctoritas". Afín a este modo de adquirir era la compra sub corona (bajo corona) que Varrón, de re rustica, colec. Nisard, París 1856, p. 125, equipara a los modos de adquisición del derecho civil. Se llamaba "sub corona" porque los prisioneros de guerra eran vendidos públicamente con una corona en la cabeza. Aulo Gellio, Noches Aticas, en latín, colec. Nisard, París 1860, lib. 7, cap. 4, p. 556, trae además otro sentido: dice que algunos creían que se llamaba sub corona porque los soldados encargados de custodiar a los cautivos que iban a venderse formaban círculo alrededor de ellos.

299o.) La ocupación.- Lo que no es de ninguno, se concede por razón natural al que lo ocupa, dice Gaio, D. 41, 1, 3. Los animales que se encuentren en la tierra, en el aire o en el mar, esto es las bestias feroces, las aves y los peces, se hacen del que los toma, Gaio D. 41, 1,1 y 1 Florentino en el fragmento 2 de ese libro y título de las Pandectas añade que lo mismo ocurre con los que de ellos nacen en nuestra casa, pero en este caso se adquieren, como observa Pothier, op. cit. t. 3, p. 100, nota a), por accesión y no por ocupación.

No interesa que se tome al animal salvaje en el terreno propio o ajeno; el ocupante adquiere siempre la propiedad, sin perjuicio de que si quiere entrar al fundo de otro este puede prohibirle el ingreso al mismo: D. 41, 1, 3 y 1.

Se adquiere la propiedad sea que el ocupante capture al animal

o caiga este en la trampa preparada, de modo que si un tercero afloja el lazo que sujeta a la bestia responderá al cazador por el daño causado mediante una acción in factum (por el hecho) D. 41, 1, 55, Procu lo.

Si la fiera ha sido herida, Trebacio sostenía que mientras el heridor la persiguiera nadie podía tomarla, dejando en cambio de pertenecerle si abandonaba la persecución, pero la mayoría de los juristas se inclinó por una solución contraria, sosteniendo que el cazador solo adquiría la propiedad del animal una vez que se hubiera apoderado del mismo, Gaio, D. 41, 1, 5 y 1, y esa fue la solución que consagró Justiniano: I, 2, 1 y 13.

El que caza en terreno ajeno contra la voluntad del propietario podrá ser demandado por este con la acción de injurias o la de la ley Aquilia si le ha causado un daño material, pero el animal cazado pertenece al cazador y no al dueño del fundo.

Este criterio ha sido objeto de arduas discusiones: Cuiacio en su libro 4 de Observaciones y Enmiendas, Cap. 2, Opera Omnia, en latín, fol. 83, t. 3 dice que se puede cazar o pescar en ajeno fundo si el propietario no lo prohibe, D. 41, 1, 3, y lo mismo pescar en el lago o estanque ajenos, D. 47, 1, 10, 13, in fine, pues los animales, de naturaleza salvaje, no son adquiridos sino cuando hayan sido capturados. Y señala que si ha cazado o pescado en campo ajeno sin permiso del dueño, no se hace propietario de la pieza citando en su apoyo D. 41, 1, 55. La Glosa en el comentario a I. 2, 1 y 12, igualmente admite un derecho de propiedad sobre la caza o pesca a favor del propietario del terreno. Pero esta opinión fue abandonada: véase nota a), a Gluck, lib. 6, tit. 1, p. 27. Una teoría intermedia quiso reconocer al propietario del suelo un derecho de caza sobre los animales salvajes del fundo. Pero se siguió el criterio de Windscheid que propugna la tesis de que para los romanos el derecho de cazar y pescar fue libre.

Con respecto a la pesca hubo una innovación importante en la época postclásica. Así señala Cuiacio, lib. 14 de Observaciones y Enmiendas, Cap. 1, que el que prohibiera a otro pescar en el mar delan-

te de su casa o villa, debía responder con la acción de injurias pues prohibió sin ningún derecho: D. 47, 10, 13 y ult. Pero por la Novela 56 del emperador Leon el Filósofo puso prohibir que se pescara delante de su casa o villa en el mar "prothiris", pues cada uno delante de su casa pudo extender con palos fijos las redes (epocha), de modo que entre las de uno y las del vecino superior e inferior hubiera un espacio de 183 codos, Novela 57. Si algún vecino no tuviera espacio para colocar allí las redes y las fijara en el del vecino, con el continuo uso de 10 años entre presentes y de 20 entre ausentes, adquiría el derecho, pero debía pagar al propietario el "solarium", Novela 104. Es mas, por la novela 102 del mismo emperador se dispuso que podía compelerlo a que le cediera parte de ese espacio, si él no lo tenía, para colocar las redes, integrando una especie de sociedad con el dueño del lugar que así ocupaba.

El animal salvaje capturado se hace de propiedad del que lo tomó pero si recupera su libertad natural es susceptible de ser ocupado por cualquiera; lo mismo ocurre con los animales domesticados que pierden el hábito de volver al fundo del propietario: D. 41, 1, 3 y 14 no así con los animales domésticos cuya propiedad no se pierde por el hecho de que no regresen.

El propietario del fundo no lo es de los animales salvajes que existan en sus bosques aunque estos se hallen delimitados, ni de los peces que vivan en sus estanques pues tampoco los posee: D. 41, 2, 3 y 14. La caza y la pesca así como las aves no eran accesorios del fundo, salvo que este estuviera especialmente destinado a eso, o bien que se tratara de animales de un vivero.

También se adquiere por ocupación la isla que nace en el mar (lo que ocurre raramente) pues no es de nadie, Gario, D. 41, 1, 7 y 3. El que coloca pilotes en el mar y sobre ellos hace un edificio tiene la propiedad de este último, lo mismo si hiciera una isla, Pomponio, D. 41, 1, 30 y 4. El que construye en la playa del mar tiene la propiedad de esa porción que ocupa mientras se mantenga lo edificado, pero en cuanto esto desaparezca la ribera del mar vuelve a su anterior condición de cosa común, Neracio D. 41, 1, 14. En cambio el

que construye en la ribera del río no adquiere la propiedad de lo edificado pues lo ha hecho en terreno ajeno y en consecuencia el edificio es de propiedad del dueño del suelo en virtud de la accesión, D. 41, 1 y 15.

Es indudable que para poder hacer construcciónes en la ribera del mar se requería la autorización del magistrado, Pomponio D. 41, 1, 50.

Se adquieren también por ocupación las piedras, gemas y corales, que se encuentran en la playa, y ello por derecho natural Florentino, D. 1, 8, 3, y las cosas que han sido abandonadas por sus dueños (res derelicta). Si dos encuentran al mismo tiempo una de esas cosas, se pregunta a quien corresponde la propiedad? A ambos o bien al que primero la aprehendió? Alos juristas antiguos plació que fuera común a ambos: Fedro, Fabula V, 6 etc.

Pertenece el tesoro al que lo encuentra o al propietario del fundo donde se halla enterrado en virtud de la accesión? Se llama tesoro a algun antiguo depósito de dinero, de cuyo dueño no existe recuerdo, de modo que no tiene propietario. Si en cambio ha sido enterrado por alguno por lucro, temor o con el propósito de guardarlo, no es tesoro. Paulo dice que el tesoro pertenece al que lo encuentra: D. 41, 1, 31 y 1. Y Scaevola en D. 6, 1, 67, trae la siguiente especie: el tutor compró una casa para el pupilo, y llamó operarios para que la refeccionaran; uno de los obreros encuentra dinero; se pregunta a quien pertenece? y el jurista respondió que si no era tesoro, era de quien siempre había sido.

Cuando el tesoro se encuentra en ajeno lugar la mitad corresponde al que lo encontró y la otra mitad al dueño del terreno. Lo mismo ocurre si el que halla el tesoro en el fundo pignorado es el acreedor prendario, D. 41, 1, 63 y 4 Trifonino.

El emperador Leon dispuso que el que hallara un tesoro en campo ajeno adquiriera la mitad si lo había encontrado por accidente, por ejemplo arando, pero que si había ocurrido porque cavó con la intención de encontrar el tesoro este correspondía totalmente al dueño del

fundo, lo que dispuso para restringir la avaricia de los buscadores de tesoros. Pothier, op. cit. t. 3, p. 101.

Si el tesoro era encontrado en lugar público o perteneciente a alguna ciudad, Adriano dispuso que la mitad perteneciera al descubridor y la otra al fisco o al municipio, D. 49, 14, 3 y 10 Calistrano.

Cuando el propietario del fundo recurría a artes mágicas para hallar el tesoro este correspondía, como pena, al fisco C. 10, 15, ley única.

Las cosas que se toman a los enemigos por derecho de gentes - se hacen de inmediato del captor, Gaio, D. 41, 1, 5 y 7; lo mismo ocurre con las personas que se toman prisioneras, las que recuperan su condición si se evadieran, D. 41, 1, 7. Celso señala que esas cosas- se hacen del que las toma y no del pueblo romano, D. 41, 1, 51 y 1, pero el principio admite excepciones: 1o.) los inmuebles pertenecen - al pueblo romano, se publican: D. 49, 15, 20 y 1. 2o.) las cosas muebles que se tomaban luego de la batalla también se hacían públicas, D- 48, 13, 15 (13), de modo que se hacían del soldado las cosas que tomaba al enemigo en las escaramuzas.

El transfuga, es decir el que se pasa al enemigo, es recibido - por este por derecho de guerra, D. 41, 1, 51, o sea como esclavo.

La cosa se adquiere por el enemigo no cuando este la arrebata sino cuando la hallevado a lugar seguro D. 49, 15, 5 y 1, 19 y 3, 30 el mismo principio se aplica para las personas que son capturadas.

Si se tomaban cosas al enemigo que este a su vez había adquirido por ocupación a los romanos, las mismas si no se hallaban exceptuadas del derecho de postliminio, volvían a su anterior propietario.- Se aplicaba el principio solo a los inmuebles y a los caballos de los - militares y a los navíos de guerra: D. 49, 15, 2 pr. y 1; 5 pr. f y 2, - ver Warkoening op. cit. t. 1 p. 557.

Los emperadores dispusieron igualmente que pudiera adquirirse por ocupación el campo abandonado por su dueño, si el ocupante lo cultivaba durante dos años, C. 11, 58, 8.

300o.) La accesión.- Por accesión se adquieren las cosas que se origi

nan o en nuestra cosa o acceden a la misma, de donde observa Warkœning, op. cti. t. 1, p. 358, la accesión puede decirse que es una extensión de nuestro dominio por extensión de la cosa. Enseña Pothier, op. cit. t. 3, p.f 102 que la accesión es un modo de adquirir el dominio por derecho de gentes, por virtud de la potestad de nuestra cosa, y se adquiere o porque nace de ella, o porque se une o se consolida a ella, o de ella se obtiene o se hace. De ahí que la accesión puede presentar las siguientes variantes: 1o.) una cosa nace de una cosa de nuestra propiedad; 2o.) una cosa se une a otra cosa nuestra; 3o.) una cosa se hace con nuestra cosa.

Se hacen del propietario las crías de los animales que son de su propiedad: D. 41, 1, 6, Florentino; los partos de las esclavas pertenecen a sus amos, y lo mismo los frutos de las cosas. Los esclavos y los animales siguen la condición de la madre y no la del padre, pues se consideran partes de aquella antes de que nazcan. De ahí que si el caballo de uno embaraza a la yegua de otro, la cría que nazca es de propiedad del dueño de la hembra, D. 6, 1, 5 y 2, Ulpiano. Lo que nace de una cosa pertenece al dueño de la cosa principal y se considera dueño al que lo es al tiempo del nacimiento, Pothier, op. cit. t. 3, p. 102, D. 41, 1, 66: esclava embarazada legada o usucapida, da a luz una vez enajenada: el hijo pertenece al que la adquirió, al que era el dueño al tiempo del alumbramiento, y no al que loe era cuando se produjo la concepción.

Los frutos son de propiedad del propietario pues mientras se hallan adheridos a los árboles o al suelo constituyen una parte de estos y si se separan siguen siendo de propiedad del mismo, a menos que subsiga un hecho que altere la situación, como la percepción que de ellos haga el usufructuario, Warkoening, op. cit. t. 1, p. 358.

Hay también accesión cuando se une a una cosa nuestra otra, de modo que esta sea una parte accesoria de aquella; como si a una estatua de Ticio se une un pie o una mano de la estatua de Sempronio, o a un vaso de aquel el asa o el fondo de la taza de este, un pie a la cama, una tabla a la nave, cemento al edificio. En ésos casos toda la cosa sigue siendo del que era propietario de la misma antes de que se-

agregara la cosa accesoria pues esta sigue la condición de la principal: D. 41, 1, 26 y 1, pero si no es posible distinguir una cosa principal y otra accesoria, entonces se mantiene la propiedad de las mismas en las personas que eran propietarias de ellas antes de que se confundieran, D. 41, 1, 27 y 2 Pomponio.

Se considera principal la cosa que puede sin la otra subsistir por si misma, y accesoria la que no puede hacerlo sino se halla unida a otra. De ahí que el edificio se considera accesorio del suelo y su dominio pertenece al propietario de este último, con mayor razón si el que edifica lo hace a hombre del dueño del terreno, D. 6, 1, 39, Ulpiano, o a nombre propio y del dueño del terreno, D. 10, 3, 22, Pomponio.

Para que el edificio sea accesorio del terreno se requiere que se halle íntimamente unido al mismo, pues una cosa mueble que se halle solamente sobre el suelo, no accede a este, como un granero de madera D. 41, 1, 60 Scaevola.

Lo que se edifica sobre el edificio ajeno pertenece al dueño del suelo donde se halla el edificio: D. 41, 1, 28, Pomponio.

Si el propietario de un buque lo repara utilizando madera ajena adquiere la propiedad de esta pues lo principal es la quilla; otra cosa sería si hiciera totalmente una nave con material ajeno, pues en este caso se trataría de la especificación, contestando Minucio en D. 6, 1, 61, que en tal supuesto propietario de la embarcación era el dueño de la materia porque como Sabiniano seguía el criterio de esta escuela, contrario al de los Proculeyanos.

A) Accesión de inmueble a inmueble: configura los siguientes casos: el aluvión, la avulsión, el cauce abandonado del río, y la isla que nace en el río: en todos estos supuestos solo interviene la acción de la naturaleza. Hay otros en cambio en los que interviene la mano del hombre y son: la siembra, la plantación y la edificación hechas en suelo ajeno: Warkoening, op. cit. p. 359 y ss. B) Accesión de cosas muebles.

Se llama aluvión el latente incremento del río que por acción

de sus aguas paulatina e insensiblemente incorpora al fundo o a los fundos ribereños, I, 2, 1, y 20, D. 41, 1, 7 y 1, C. 7, 41, 1, Gaio, II, y 70. Se requiere para que el aluvión sea adquirido por el propietario o propietarios ribereños: a) que se trate de un río, no de un estanque o lagos, D. 41, 1, 12 pr.; b) que sean fundos arcifinales y no "agri limitati", es decir que se hallen deslindados por la naturaleza y no por la acción de los agrimensores D. 41, 1, 16.

Hay avulsión cuando el ímpetu del río arrebata a un terreno una parte del mismo y la deposita en fundo ajeno; el propietario no pierde de inmediato el dominio de la porción que le ha sido quitada por la fuerza del agua, sino cuando aquella se ha adherido al suelo extraño, como ocurre, por ejemplo, cuando dicha parte tiene árboles y estos echan raíces en el fundo ajeno. Du Caurroy en Themis t. 6, ps. 143-151 sostiene que solo adquiere los árboles el propietario del inmueble que recibió la porción del terreno ajeno, y no estamismo, y para ello invoca a Gaio II, y 71, hay una contradicción al respecto entre las Instituciones de Justiniano I, 2, 1 y 21 que parece atribuir al propietario el dominio de los árboles y D. 41, 1,7 y 2 que se refiere a la adquisición de la parte del terreno del tercero que se adhirió al fundo.

Cuando el río navegable cambia su curso de manera permanente el cauce se reparte entre los ribereños de ambas márgenes, para lo cual se traza una línea que siga el eje del alveo y se determina así las porciones o partes a distribuirse entre los propietarios de una y otra márgen; luego se tiran imaginarias líneas perpendiculares desde los extremos de los fundos hasta la referida línea eje del canal para atribuir las porciones correspondientes a una y otra orilla, a los respectivos ribereños. El nuevo cauce que se cobra el río se hace público I, 2, 1, y 23, D. 41, 1, 7 y 3, 29; 30 y 2, y si vuelve a ser dejado por el río se reparte nuevamente entre los ribereños, aunque el río hubiera ocupado de modo permanente todo el campo de una persona. Otra cosa sería si la ocupación por las aguas fuera transitoria, como ocurre cuando se trata de una inundación, pues en este supuesto retirado el río, el anterior propietario sigue siendo el dueño del terreno, I, 2, 1 y 24, D. 41, 1,7 y 6 D. 43, 12, 1 y 9.

La isla que nace en el río pertenece a los ribereños; si se halla equidistante de ambos márgenes se divide por mitades entre los propietarios de las dos orillas, quienes a su vez se las reparten conforme a la extensión que tengan frente a la isla, si la isla se halla más próxima a una ribera que a la otra se distribuye entonces entre los ribereños de la orilla mas cercana. Adquirida la isla por el ribereño la extensión de la misma es la que se tendrá en cuenta pra futuras adquisiciones similares, aunque aquella exceda por el aluvión la extensión del propio fundo: D. 41, 1, 56 pr. y 4.

Si el río se bifurca de modo de cerrar entre sus dos brazos un terreno particular, el propietario de este conserva su dominio, D. 41, 1, 7 y 4.

En la accesión de mueble a inmueble encontramos los casos de la plantación, la siembra y la edificación. En los tres se daban las dos situaciones siguientes: a) se planta, siembra en terreno propio con plantas, semillas o materiales ajenos, o b) se planta, siembra o edifica en terreno ajeno con plantas, semillas o materiales propios.

Veamos la plantación: en ambos casos, se plante en terreno propio o ajeno, en cuanto la planta echa raíces se hace de propiedad del dueño del suelo por el principio que todo lo plantado sigue la condición del terreno y la propiedad subsiste aunque la planta luego se separe pues se considera que se ha alimentado con los nutrimentos que le ha brindado la tierra donde se adhirió, 1, 2, 1, y 31, D. 41, 1, 7 ult. 8 pr. Gaio II, y 74; lo mismo ocurre con la semilla esembrada, 1, 2, 1 y 32, D. 41, 1, 9 pr. Gaio II y 75.

Cuando se edifica en terreno propio con material ajeno o en terreno ajeno con material propio, siempre adquiere la propiedad del edificio el propietario del suelo D. 41, 1, 7 y 10; D. 41, 1, 12; 1, 2, 1 y 29, 30 Gaio II, y 73. pero en este caso el dueño de los materiales no pierde el dominio de ellos, pues el edificio es una cosa compuesta ex coerentibus que se distingue de las cosas simples que lo componen, de ahí que el propietario del terreno sea dueño del edificio pero no de los materiales a los que ni siquiera posee, de modo que no puede adquirirlos tampoco por prescripción. Por ello demolido el edificio el propie

tario de los materiales puede reivindicarlos cuando han sido utilizados por el dueño del fundo para edificar con ellos. En este caso; subsiten- te el edificio, se prohibe al propietario de la materia ejercitar la actio ad exhiben dum para evitar que se destruya una casa; en su lugar - puede optar por la acción de tigno juncto que le da la Ley de las XII- Tablas por el valor del duplo, sea el dueño del inmueble de buena o - de mala fe, aunque hubiera pagado el doble por la actio de tigno junc to, estará sujeto a la reivindicatoria una vez que se hayan separado -- los materiales, si en cambio fue de buena fe se considera que pagando el duplo los compró, Wardoening op. cit. p. 362, D. 47, 3, 2, arg. I 4, 1 y 19: discuten los intérpretes, dice el autor mencionado, si en el caso de mala fe puede el dueño de los materiales exigir al del terreno la demolición. Si este último es de buena fe y el perjudicado no ejercitó la actio de tigno juncto podrá reivindicar los materiales cuando el edificio se demuela, D. 6, 1, 23 y 6 y 7; D. 41, 1, 7 y 10 y 11; D. 41, 3, 23.

Si en cambio alguien con materiales propios edifica en terreno ajeno se distingue: si es de buena fe y conserva la posesión del inmueble puede oponerse mediante la excepción de dolo a restituir el bien - al propietario que acciona con la reivindicatoria hasta tanto no se le restituyan las impensas necesarias y útiles que hizo. Si perdió la posesión nada puede reclamar pues carece de acción, D. 12, 6, 33, D. 44 4, 14; D. 6, 1, 59. Si era de mala fe no tiene derecho a deducir esa - excepción pues se considera que perdió la propiedad de sus cosas a sabiendas ya que no ignoraba que el terreno era ajeno; acaso solo podría retenerlo hasta que se lo compensara por los gastos necesarios que - hubiera hecho. Si el edificio se demolía no podía reivindicar los materiales, aunque mientras detenga el inmueble y no accione contra él el propietario, puede el poseedor de mala fe quitar los construído, 1, 2, 1, y 30; C. 3, 32, 2 y 5, ver Warkoening, op. cit. p. 363.

El último grupo que corresponde a la clasificación que hace - Pothier comprende casos de accesión de mueble a mueble y son: la adjunción, la confusión, la mezcla o commixtio y la especificación.

Hay adjunción cuando se unen dos cosas diferentes de modo que

de constituir una sola lo que ocurre con la "ferruminatio", la "adplumbatio", la inclusión de un bordado en un vestido, la pintura, la escritura. En estos supuesto la cosa accesoria sigue a la principal, de manera que el dueño de esta última se hace propietario de la primera:puede adquirir dicha propiedad para siempre o no; ocurrirá lo primero si las cosas no pueden separarse; en cambio si es posible que recuperen su individualidad el dueño de la cosa accesoria podrá accionar con la actio ad exhibendum contra el propietario del conjunto para que las separe y pueda así reivindicar la que era suya: I, 2, 1, y 26; D. 6, 1, 23, y 5; D, 10, 4, 6 y 7 y 2; D. 41, 2, 27 pr. Warkoening, op. cit. p. 564 y nota 1.

Cual de las dos cosas debe considerarse la principal? Se siguen varios criterios, 1o.) se considera principal aquella sin la cual no puede existir la otra; en tal sentido es la escritura accesoria de la materia pergamino o papel donde se halla, y debiera serlo la pintura respecto de la tela si sobre el punto no se hubiera dispuesto lo contrario por la ley: ver Warkoening, op. cit. p. 364, I, 2, 1, y 33, 34; D. 10, 4, 3, y 14 Gario, II, y 77, 78. 2o.) Si el primer criterio no es suficiente, se considera accesoria la cosa que sirve de ornato o para completar a la otra. Habrá que tener en cuenta la intención del que hace la adjunción así si une una piedra preciosa a un anillo, dice Warkoening, op. cit. p. 364, será menester determinar si el que hizo la unión quiso ornar al anillo o a la piedra, no interesando cual de ellos sea de mayor valor: D. 41, 1, 26 y 1; D. 34, 2, 19 y 13, D. 6, 1, 23, y 5; D. 34, 2, 19, y 14 y 20. 3o.) Si aún así tampoco puede saberse cual es la cosa principal, se estará al mayor precio, o al mayor tamaño o volumen, D. 41, 2, 27 y 2, y si aún así no es posible hallar la solución se considerará común de los propietarios de ambas cosas unidas, D. 41, 2, 27.

La confusión, dice Pothier, op. cit., es un modo de adquirir el dominio de la nueva especie que resulta de la confusión de las materias que son de propiedad de dos o mas personas, quienes adquieren sobre el resultado el dominio de las partes indivisas, Y ello se produce- agrega el autor, en virtud de la necesidad jurídica, se haya hecho la confusión con o sin acuerdo de voluntad entre los propietarios de las

cosas confundidas, Gaio, D. 41, 1, 7 y 9. Pero cuando no medió la voluntad de uno de ellos solo pierde la propiedad si en virtud de la confusión se perdió la individualidad o las cosas confundidas de su dominio perdieron su sustancia propia. Si ello no ocurre cada uno de los propietarios conserva su derecho original, D. 41, 2, 12 y 1, Calistrato.

La commixtio o mezcla es la confusión de sólidos; en este caso cuando se produce sin la voluntad de uno de los propietarios de las cosas mezcladas, conserva el dominio de las mismas y puede ejercitar la actio in rem para que se le restituya lo que es suyo. Si la mezcla en cambio se hizo de común acuerdo entre los propietarios de las cosas mezcladas, por ejemplo trigo; surge un condominio, D. 6, 1, 5 Ulpiano.

La solución mencionada en el caso de mezcla se aplica si es posible individualizar las cosas, de lo contrario, aunque no se haya hecho con la voluntad de los dueños, surgirá un condominio. Si se trata de dinero o monedas que no pueden reivindicarse; el que hizo la mezcla será el dueño y el que perdió con la commixtio las que eron de su propiedad tendrá una condictio contra aquel, D. 46, 3, 78.

A estos supuestos cabe agregar, dice Warkoening, op. cit. p. 366, el de la adquisición de las cabezas nuevas de ganado que corresponden al usufructuario, pero que al morir los animales del rebaño los substituyen automáticamente y se hacen del propietario.

La especificación consiste en hacer una nueva especie con materia ajena contra o sin la voluntad del dueño de esta última con intención de apropiársela. Se discute quien es el titular de la nueva cosa. El problema está en determinar si con la transformación de la materia se ha extinguido esta o bien si subsiste; si se considera que se perdió, deberá concluirse que se ha extinguido el dominio sobre la misma, haciéndose propietario de la nova species el que hizo la especificación (especificador). Si por el contrario se sostiene el criterio de que la materia aun transformada, sigue siendo la misma, entonces no se habrá perdido el derecho que sobre ella tenía su dueño, correspondiéndole a él la propiedad de la nueva especie. La primera teoría fue sustentada por los

Proculeyanos y la segunda por los Sabinianos: D. 6, 1, 5; D. 41, 1, 24, 26, 27 y 1; D. 10, 4, 12 y 3, 1, 2, 1 y 25.

Gaio en D. 41, 1, 7 y 7 dice: "Cuando alguno hiciera una especie nueva con materia ajena a nombre propio: Nerva y Proculo piensan que es el dueño el que la hizo por que lo que ha sido hecho, antes no era de nadie. Sabino y Cassio consideran que está mas de acuerdo con la razón natural que quien fuera el dueño de la materia sea el dueño también de lo que ha sido hecho con ella; porque sin la materia no podría hacerse la nueva especie. Como si con oro, plata o cobre hiciera algún vaso, o si con tus tablas hiciera una nave o un armario o banco, o con tu lana un vestido, o con tu vino y tu miel hiciera vino con miel o con tus medicamentos hiciera una cataplasma o un líquido para limpiar los ojos, o con tus uvas o tus aceitunas o tus espigas, vino, o aceite o tribo." Y el mismo jurista agrega que había una opinión intermedia que consideraba cierta la doctrina de Sabino si la cosa podía volverse a un estado anterior, y en caso contrario aceptaba el criterio de los proculeyanos. Y señala que en los ejemplos dados el vaso hecho con oro o plata o cobre ajenos, puede fundirse y obtenerse nuevamente en su anterior estado la materia empleada, cosa que no ocurre en los otros casos mencionados.

El supuesto de las espigas era muy particular pues en realidad al sacar el grano de las mismas no había una verdadera transformación de la materia, de manera que no podía dudarse que seguía conservando la propiedad el dueño de aquellas, D. 41, 1, 7 y 7.

Paulo sustentaba la teoría intermedia: D. 41, 1, 26: Si con mis tablas hicieras una nave, la nave estuya, porque el ciprés (la madera empleada) no subsiste, como tampoco la lana si con ella se ha hecho un vestido; sino que se hace un objeto de madera o con lana. D. 41, 1, 24, y la misma solución, dice Paulo, debe darse siempre que no se pueda volver la materia al estado anterior; si en cambio esta subsiste aunque se haya cambiado la forma (como si con mi cobre hicieras una estatua o con mi plata un jarrón), persiste en mí la propiedad. "O sea que cuando se pueda volver la materia a la situación anterior el propietario de ella no pierde el dominio.

No hay en cambio especificación cuando es claro que subsiste la materia primitiva, como ocurre con el vestido de lana que otro, sin la voluntad de su dueño, tiñó con púrpura; teñido sigue siendo el mismo vestido; D. 41, 1, 26 y 3. En cambio si el dueño de la vestimenta dió su conformidad para que fuera teñida a nombre de otro, es este el propietario Calistrato, D. 41, 1, 25: hay en tal caso una donación.

Cuando para hacer la nueva especie se t utiliza en parte materia ajena y en parte propia se aplicaban en la época clásica las mismas soluciones. Ulpiano D. 6, 1, 5 y 1: si con mi miel y tu vino se ha hecho vino miel, algunos pensaron que este debía ser propiedad común, pero opino, dice el jurista, que la propiedad pertenece al que lo hizo; porque su especie no contiene las materias en su estado pristino. Pero si se ha unido el plomo con la plata, como pueden separase no se harán comunes; ni ha de accionarse por la actio communi dividundosino por la acción reivindicatoria. Pero si no pudieran separarse, afirma, como si se aleó el cobre al oro, ha de vindicarse por parte, y no ha de decirse lo mismo que con respecto al vino miel, porque aunque confundidos, se mantienen las materias (cobre y oro) en su primitivo estado. "La misma solución trae Pomponio en D. 6, 1, 3 y 2:" Si algo que sea de la misma naturaleza ha sido fundido o mezclado de modo que no pueda separarse, no ha de reivindicarse por el todo, sino por la parte. Como por ejemplo si mi plata y tu plata se han convertido en una sola masa, será común entre nosotros: de modo que cada uno vindicaremos a prorrata del peso que haya en la masa, aunque sea incierto que cantidad de materia propia haya en la cosa". En cuyo caso agrega Paulo, D. 6, 1, 4, podría accionarse con la actio communi dividundo, y el que hizo la confusión con mala fe, responderá por la actio furti (de hurto) y ad exhibendum; de modo que en la actio ad exhibendum ha de tenerse en cuenta el precio de la materia pero la reivindicatoria y la communi dividundo son mas amplias en esto, que permiten tener en cuenta de quien era la plata de mayor valor.

Si en cambio los materiales empleados han perdido su naturaleza con el cambio de la forma, confundidos o mezclados, la nueva especie corresponde al especificador, D. 41, 1, 27 y 1.

Para algunos autores la especificación constituye un modo propio de adquirir el dominio; otros en cambio lo consideran un tipo de la ocupación, ver Warkoening op. cit. t. 1, p. 566, nota 4.

Justiniano dió la siguiente solución al problema: 1o.) si la materia con la cual se había hecho la nueva especie podía volver a su anterior condición, era propietario de la cosa el propietario de la materia; si no podía volver, la adjudicó al especificador: no interesando que se tratara de una obra rudamente hecha o con arte: D. 41, 1, 26, pr. 2o.) Si el especificador ponía parte de la materia, la misma siempre era cosa de su propiedad, se pudiera o no volver la cosa al estado anterior. El punto está discutido, pues el párrafo de las Inst. 2, 1 y 25 es obscuro pero el comentario de Teófilo disipa la duda: "En este caso no se controvierte, que el dueño es el que hizo". ver Warkoening, op. cit. nota 4, ps. 367 y 368. Sin duda que era necesario que el que hacía la nueva especie obrara para sí y no para el dueño de la materia, pues en este último supuesto, el propietario era este.

Tampoco se requería que el especificador fuera de buena fe, aunque esto está controvertido, ver Warkoening, op. cit. p. 368, nota 3, pues aunque hubiera hurtado la materia sería propietario de la especie nueva en el supuesto que comentamos, sin perjuicio de responder por las consecuencias originadas por su delito.

La opinión contraria se funda en D. 10, 4, 12 y 3, Paulo y en el principio de que nadie debe obtener beneficio alguno de su dolo. El texto de Paulo dice que cuando el especificador sabía que la materia era ajena responde por la actio ad echibendum por ambos títulos, a saber porque la materia empleada era ajena y porque la nueva cosa no se ha hecho de su propiedad. Pero esta ley, como señala Warkoening quedó abrogada por I, 2, 1 y 25, y en cuanto al principio enunciado cabe tener en cuenta que el especificador de mala fe no se beneficia pues debe indemnizar y hasta penalmente al dueño de la materia.

En lo que concierne a las indemnizaciones que deben pagarse cabe distinguir: a) si el que hizo la accesión obtiene el dominio de la cosa ajena, debe siempre resarcir el daño si es de buena fe, en la medida de su enriquecimiento, o bien en forma integral cuando es de ma

la fé. Si el que hizo la accesión es el dueño de la cosa accesoria y es de buena fe solo tendrá una excepción para que le pague el dueño de la cosa principal el trabajo realizado; si era de mala fe solo podrá retener la cosa pero por las compensas necesarias.

Cuando la accesión se produce por caso fortuito, como en la avulsión, se duda si el que se enriquece con el acrecentamiento debe responder al propietario en la medida del beneficio obtenido. Algunos lo han sostenido considerando inicua la solución contraria, ver Warkoening, op. cit. ps. 369 y 370 y nota en pag. 370.

30lo.) La tradición.- La tradición es el modo mas común de transferencia de la propiedad y requiere el cumplimiento de varios requisitos para que se pueda llevar a cabo por su intermedio la transmisión del dominio. Dos son los elementos fundamentales que consta y estos son: 1o.) la justa causa; 2o.) la tradición. La tradición no es un modo abstracto de transmitir el dominio, como la in iure cessio o la mancipatio, sino que se halla vinculada necesariamente a un título o causa. De ahí que sin este no puede transferirse el dominio. Porseso si la sola causa no es apta para la transmisión de la propiedad, tampoco el solo modo (la entrega de la cosa) es suficiente. Deben concurrir ambos, la causa y el modo.

Es necesario: 1o.) que el que hace la tradición sea el propietario D. 41, 1, 20 Ulpiano: por eso si el hijo de familia dona a su mujer una cosa del paterfamilias sin el consentimiento de este, no pudo transferirle el dominio, C. 8, 53, 14; D. 21, 2, 64 y 4, aplicaciones todas del principio de que nadie puede transferir mejor derecho que el que tiene Ulpiano D. 50, 17, 54.

Tanto transmite el dominio por tradición el propietario como si lo hace otro con el consentimiento del dueño, como por ejemplo el que ha recibido procuratio para administrar todos los bienes del que se ausenta para viajar al extranjero, si se le ha dado facultad para disponer de los bienes en lo que concierna a dicha administración, Gaio D. 41, 1, 9 y 4. Lo mismo ocurriría si el hijo de familia o el esclavo vendieran o hicieran tradición de una cosa del peculio con respecto al cual tenían la libre administración, o bien si el paterfamilias los auto

rizó a hacerlo, de igual modo que si lo hubiera hecho el procurator - con la voluntad del principal o dominus negotii. D. 6, 1, 41 y 1. Si el que vende la cosa a otro no fuera el propietario pero este al tiempo de la tradición la ratificara, el primero transmite el dominio al compra - dor, D. 41, 3, 44 y 1, Papiniano. Por el contrario si el dueño hubiere consentido en la compra venta, donación, etc. y luego muriera antes- de que se hiciera la tradición o antes de que ésto ocurriera cambiara - su voluntad, el procurator no transmite entregando la cosa la propiedad D. 12, 1, 41, Africano: uno colocó en Provincias a su esclavo Stico - para que se dedicara a prestar dinero en su nombre; el amo hizo testamento en Roma y lo instituyó heredero y le dejó la libertad; ignorando el esclavo que su dueño había muerto y que era uno de sus herederos, cobró a los deudores o dió dinero en mutuo, o estipuló y recibió prendas en garantía. Se decidió que los deudores que le pagaran ignorando la muerte del amo se habían liberado y que los coherederos debían exigir a Stico la parte de lo cobrado no por la acción de división de herencia sino por la de gestión de negocios. En cuanto al dinero que hubiera dado en mutuo solo se consideraba que había transmitido la propiedad de la parte que como coheredero le correspondía. Lo mismo ocurriría si alguien entregara a Ticio sestericios para que los diera en mutuo a Stico y aquel muriera antes de que Ticio hiciera a Stico la tradición, pues si lo hiciera después de muerto el mandante, por ignorar su muerte, no transmitiría la propiedad a el mutuario.

Singular es el caso que plantea Javoleno en D. 39, 5, 25: Ticio da a Sempronio una cosa para que en nombre de Ticio la done a Seyo. Sempronio hace la donación pero no a nombre de Ticio sino a nombre propio: por sutileza del derecho se considera que no transmitió el dominio pero por razones prácticas se acuerda al donatario si Ticio - accionara contra él con la reivindicatio, la excepción de dolo.

Ticio podrá accionar contra Sempronio con la acción de hurto.

El consentimiento del dueño debe estar excento de vicios, de - modo que si se lo obtuvo mediante fraude no se transmite la propiedad de la cosa: C. 4, 51, 2: el marido vende una cosa de la mujer y con ar

timañas logra que ponga su sello en el instrumento respectivo; se considera que hecha la tradición no ha transferido la propiedad.

2o.) El propietario debe tener la facultad de enajenar: de ahí que el acto de disposición no valga si se hace por el propietario a quien estaba interdicta la administración de sus bienes, o por el heredero al que se ha dado un plazo para deliberar. Por el contrario la enajenación vale aunque se haga en fraude de los acreedores: D. 18, 1, 26, Pomponio.

3o.) También puede ocurrir que otra persona que no sea el propietario tenga el derecho de enajenar la cosa como ocurre con el acreedor prendario, D. 41, 1, 46 Ulpiano, y a contrario sensu C. 4, 51, 6. El fisco puede vender la cosa que tiene en común con otro u otros aún sin o contra la voluntad de estos: C. 4, 52, 2.

4o.) Se requiere igualmente una justa causa: D. 41, 1, 31 Paulo; nunca la nuda tradición transfiere el dominio sino procede una justa causa como la venta, en virtud de la cual subsigue la entrega de la cosa.

5o.) Es necesario también el consentimiento del que entrega la cosa (tradens) y del que la recibe (accipions) D. 44, 7, 55, Javoleno. El consentimiento debe recaer: a) sobre la cosa cuya propiedad se transmite; b) sobre la persona a la que se transfiere la propiedad: D. 41, 1, 37 y 6 Juliano: si Ticio quiere donar una cosa a Seyo y este le ordena haga la tradición al esclavo Stico que tenía en común con Gayo, y el esclavo la recibe con la intención de adquirir el dominio para Gaio, no se ha transmitido la propiedad. Lo mismo si seyo ordenó a Ticio que entregara la cosa a su procurator Lucio y este la recibiera con la intención de adquirirla para si. Pero en este caso hay que distinguir: si el procurator no hizo pública su intención al tiempo de tomar la cosa, la adquiere para el mandante D. 39, 5, 13. Si lo hizo, no la adquiere para ninguno. Si el esclavo común recibe la cosa con la intención de que se adquiera en comunidad para los condóminos Seyo y Gayo, nada adquiere para este último.

No es necesario que la persona a la que se quiere transmitir el

dominio por la tradición sea cierta y determinada: el que arroja monedas al pueblo ignora quien las recojerá y sin embargo el primero que lo haga adquiere la propiedad de las mismas D. 41, 1, 9 y 7 Gaio.

c) El que hace y el que recibe la tradición deben tener conciencia de que transmite aquel la propiedad de su cosa y este que la recibe el procurador o tutor que hacen la tradición de una cosa propia que creen del mandante o del pupilo, en cuyo interés actúan, no transfieren la propiedad de la misma, D. 41, 1, 35 Ulpiano, o si Ticio, sin saberlo, comprara a Gaio la cosa de su propiedad (la de Ticio) y le diera orden de que hiciera la tradición de la misma a una tercera persona, D. 18, 1, 15 y 2 Paulo.

Ulpiano trae este caso D. 12, 4, 3 y 8. Un esclavo manumitido por testamento se cree statu liber, esto es que fue liberado mediante o bajo la condición de dar 10, por ejemplo al heredero da la suma mencionada, se pregunta si transmitió la propiedad de la misma al heredero. Se dice que si lo hizo creyendo que como no era libre no eran los 10 suyos sino del peculio profecticio, que de derecho correspondía a la herencia, no los hace del accipiens. Con respecto al caso de que fuera un tercero el que los diera, o si los diera siendo el esclavo ya libre, se transmite la propiedad al heredero.

La falsa creencia del accipiens de que el tradens no es propietario no es obstáculo para que el dominio se transmita D. 22,6,9, y 4.

Una interesante cuestión se plantea cuando las partes consienten sobre la cosa pero incurren en error sobre la causa de la transferencia pues se pregunta si entonces la tradición es apta para transferir el dominio. Juliano opinaba que la propiedad se transmitía en tal caso, D. 41, 1, 36, por ejemplo Ticio cree que Sempronio en virtud de testamento le debe transmitir la propiedad del fundo Corneliano, y Sempronio cree en cambio que debe hacerlo por obligación nacida de estipulación. Debemos considerar que era un acto bilateral de enajenación, razón por la cual se requería el acuerdo de voluntades de ambas partes sobre una causa aunque dicho consentimiento -

estuviera viciado por error. La tradición no era, por consiguiente, un acto abstracto.

Si en cambio existe error sobre el objeto sobre el cual recae la tradición, no se transfiere el dominio: D. 41, 2, 34 pr. D. 41, 4, 2 y 6. Lo mismo ocurre si el tradens actúa a nombre ajeno y sin saberlo entrega la cosa propia, o si ordena a otro hacer tradición de una cosa que es suya, la que por error cree ajena: D. 12, 4, 3 y 8; D. 18, 1, 15 y 2 y no es obstáculo D. 17, 1, 49.

Cuando el tradens se equivoca en punto a la persona del accipiens puede ocurrir: 1o.) que haya querido hacer la transferencia a esa persona, a la que por error confunde con otra, o 2o.) que la haya hecho en realidad a una persona distinta a quien no quería transferir el dominio. En el primer caso la propiedad pasa al accipiens, en el segundo no.

De lo que antecede se desprende que la tradición es un acto jurídico real que vinculado a una justa causa sirve para la transmisión de la propiedad. Las formas de la tradición las hemos estudiado al ocuparnos de la misma como modo de adquirir la posesión. Nos remitimos en consecuencia a lo que dijimos en el capítulo anterior al respecto.

Formas especiales de la tradición están constituídas por la adquisición de la propiedad sobre los frutos naturales o industriales mediante la separación y la percepción. Corresponde la primera al enfiteuta y al poseedor de buena fe, y la segunda al usufructuario. Todos estos tienen un derecho sobre la cosa pero no a esta en sí, de ahí que se considere que la adquisición de tales frutos se produce para ellos mediante una imaginaria tradición que tendría lugar precisamente cuando, ocomo ocurre con la separación, o bien por el hecho consciente del usufructuario o de persona que de él dependa, como un alieni iuris, que es la percepción. Por esta última forma adquiere los frutos igualmente el colono o arrendatario.

302o.) La prescripción adquisitiva.- La posibilidad de adquirir la propiedad mediante la posesión y el transcurso del tiempo fue algo que conocieron los romanos desde los mas remotos tiempos a través de u

na antigua institución que recibe el nombre de usucapión. Prevista ya por la ley de las XII Tablas la misma constituyó una importante bre- cha abierta en los rígidos y cerrados cuadros del derecho quiritario, - pues con su admisión se posbilitó el intercambio jurídico de las res - mancipi por medio de los modos de adquirir más ágiles del derecho de gentes. Pero al mismo tiempo sirvió para desempeñar u otra importante y fundamental misión: posibilifó que la categoría de las nuevas cosas, aquellas que aparecían con el desenvolvimiento progresivo de la co- munidad económica y que por ser tales se hallaban al márgen de la - antigua estructura jurídica, fueran recibidas por esta y también sobre ellas se pudiera adquirir el dominio quiritario que entonces i. y antes de que se creara la fórmula petitoria era el único que recibía legal - confirmación.

De tal manera aparece la usucapi ón como medio que permitía 1o.) reconocer la posibilidad de adquirir el dominio delderecho civil de las res mancipi que se habían transferido por modos de adquisición admitidos por el derecho de gentes pero no reconocidos como tales - por el ius civile; 2o.) y reconocer la posibilidad de adquirir la única propiedad entonces conocida sobre las res nec mancipi cuando estas - igual mente se habían adquirirdo mediante modos que no fueran los con- sagrados por el derecho quiritario.

La c solución que aportó la teoría de la usucapión en las pri- meras etapas de la historia del derecho romano fue importante aunque incompleta ya que quedaba siempre al margen de la regulación jurídi- ca prevista por el derecho civil, la situación de los extranjeros que - careciendo del ius commercii, y no existiendo todavía la fórmula pe- titoria no tenían acción para defender las cosas que tenían en su po- der, debiendo colmarse la laguna mediante la tutela interdictal como ya hemos explicado. De todos modos la usucapión resolvía aquellos su puestos en que se hubiera utilizado en la transmisión de las cosas los modos nuevos que introducía el derecho de gentes y que por definición no podían conferir la propiedad quiritaria.

Cuando con la fórmula petitoria se reconoció la eficacia de - la propiedad bonitaria y la reivindicación pudo versar tanto sobre co-

sas sobre las que se tenía el dominio quiritario como sobre aquellas de las que se era titular del dominio del derecho de gentes, la usucapión pasó a desempeñar entonces otra función. Sirvió para legitimar mediante el cumplimiento de ciertos requisitos las adquisiciones que se hicieran de las cosas enajenadas "a non domino", es decir por quien no era su propietario. Cambió así paulatinamente su fundamento que no consistió como antes en suplir lagunas jurídicas mediante la incorporación de modos de transmitir el dominio no reconocidos por el derecho, para pasar a ser un medio legítimo de convalidar situaciones de hecho transformándolas en verdaderos derechos.

La circunstancia de que la usucapión como tal no pudiera tener otra esfera de aplicación que la contenida en territorio regulado por el derecho romano, había determinado la necesidad de que los promagistrados hallaran una vía similar para las cosas que estuvieron en situaciones parecidas en zonas que no eran de derecho civil. Surgió así, en el procedimiento formulario, una defensa o praescriptio, llamada así por el lugar que ocupaba en la fórmula, y que permitía rechazar en ciertos casos y sobre la base de la posesión y del transcurso del tiempo la acción reivindicatoria ejercitada por el propietario de la cosa contra su actual poseedor.

La praescriptio longi temporis no fue entonces en sus comienzos un modo de adquirir el dominio, sino que constituía una excepción contra el ejercicio de la acción reivindicatoria, lo que de por sí naturalmente no confería al poseedor triunfante la propiedad sobre la cosa. Bastaba que perdiera la posesión, que alguien lo despojara de la misma para que se viera imposibilitado de accionar para recuperarla.

Hemos dicho que el ámbito de la nueva institución que así se perfilaba concernía a los territorios que no estaban regulados por el derecho civil, pero aún dentro de estos mismos, aún en zonas del derecho romano se sentiría la necesidad de otorgar esa prescripción en los casos en que por falta de la ciudadanía o del ius commercii no podía el poseedor adquirir por usucapión la propiedad quiritaria de la res mancipi o nec mancipi.

Todo esto pone de manifiesto que rico fue el derecho romano en

los recursos destinados a colmar las lagunas que el vetusto organismo - presentaba y en los modos utilizados por los magistrados y prudentes para conseguir adecuar las soluciones jurídicas a las necesidades que con el progreso económico aparecían.

En la época postclásica se refundieron los viejos conceptos de - la usucapión y de la praescriptio longi temporis y surgió así uno nuevo el de la precripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio, con nuevas formas, aunque se dejara el antiguo criterio de la prescripción- como excepción, ante la acción reivindicatoria, para el caso del poseedor de mala fe.

Del mismo modo y así como en los comienzos solo se concibiera la usucapión o la praescriptio como modos de adquirir la propiedad, a medida que la vida jurídica fue introduciendo otros derechos sobre las cosas se extendió ese modo a esos iura in re, salvo el derecho de superficie que fue el único que quedó excluído de la posibilidad de su adquisición por este medio. Las viejas servidumbres rústicas que se consideraban res mancipi: el iter, el actus, la via y el acueducto que podían adquirirse por usucapión hasta la ley Scribonia que lo prohibió, pudieron sin embargo constituirse por la praescriptio longi temporis.

303o ) Que cosas pueden adquirirse por usucapión o por la praescriptio longi temporis.- Justiniano ya nos advierte en sus Institutas que no pueden usucapirse ciertas cosas, las que estaban fuera del comercio como el hombre libre, las cosas sagradas o religiosas, los esclavos fugitivos, I, 2, 6 y 1. Señala Gaio en D. 41, 3, 9, que en especial se adquieren por usucapión las cosas corporales, con excepción de las sagradas, las santas y las públicas ( del pueblo romano ) y de las ciudades, e igualmente los hombres libres.

Del mismo modo se hallaban exceptuadas de este medio de adquisición las cosas robadas, las arrebatadas por la violencia, el espacio que debía dejarse entre los campos limitados que era de 5 pies, o igual medida que debía existir entre la tumba y el camino que a ella conducía, así como las cosas a mancipi de la mujer a enajenadas sin - la auctoritas de sus tutores.

Fuera de eso no solo podían adquirirse por usucapio las res mancipi sino también las nec mancipi. La ley de las XII Tablas no preveía la posibilidad de que se usucapieran las cosas incorporales como las servidumbres pero los juristas mediante interpretación lo admitieron en lo que concernía al iter, el actus, la vía y el aquaeductus, hasta que la ley Scribonia lo prohibió.

Como la usucapión no podía recaer sobre los fundos provinciales sobre los cuales solo podía tenerse la posesión pero no adquirirse nunca el dominio que correspondía al pueblo romano, fue menester que los magistrados escogieran un nuevo medio que supliera la laguna y apareció así la prescripción, de largo tiempo. No era un modo de adquirir la propiedad sino una defensa que se daba contra el ejercicio de la acción reivindicatoria útil.

Posteriormente ambas instituciones se refundieron en una sola de modo que se elaboró toda una teoría sobre las cosas susceptibles o no de adquirirse por precripción teniendo en cuenta que habían surgido varias clases de prescripción a saber, la ordinaria, y las extraordinarias.

Las prescripciones de largo o de larguísimo tiempo tuvieron entonces el mismo alcance que la antigua usucapión del derecho civil y se convirtieron en modos de adquisición de la propiedad.

No fue posible adquirir por rescripción ordinaria de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes las cosas del fisco, las de las ciudades, las de los pupilos y menores, los inmuebles de las iglesias. Se mantuvo igualmente la prohibición en lo que concernía a las cosas robadas a las tomadas por violencia (ley Atinia), a los inmuebles adquiridos de un poseedor de mala fe en tanto el propietario ignorara la referida enajenación, a los bienes del peculio del hijo de familia mientras este se hallara sujeto a la patria potestad, a los que correspondan a los hijos de un matrimonio anterior con ocasión de las nuevas nupcias contraídas por el padre o la madre, a las cosas legadas y enajenadas por el heredero en perjuicio de los legatarios, a las cosas donadas a un gobernador de provincias en contra de las disposiciones de la ley Julia repetunda

rum, en tanto no volvieran las mismas a los donantes o a sus herederos: Namur, Curso de Institutas, en francés, T. I, París 1878, ps. 209 y 210.

304o.) Requisitos de la antigua usucapio y de la praescriptio longi temporis.- La suscapio suponía: 1o.) que se hubiera transmitido una cosa por un medio de adquirir no reconocido por el derecho civil, en cuyo caso permitía al adquirente convertir la situación in bonis que tenía con respecto al objeto en propiedad quiritaria por medio del uso; 2o.) que se adquiriera una res mancipi o nec mancipi por un modo regulado por el jus civile pero de quien no era el propietario quiritario.

Se exigía así que el que tuviera la cosa fuera ciudadano romano o gozara del jus commercii de modo que pudiera adquirir la propiedad quiritaria, que fuera una cosa susceptible de ser usucapita, se cumpliera el plazo de 1 año para los muebles y de dos años para los inmuebles.

La praescriptio longi temporis requería: 1o.) la posesión continua e ininterrumpida, 2o.) la buena fe, 3o.) un justo título, 4o.) 10 años entre presentes y 20 entre ausentes: Namur op. cit. t. 1, ps. 206 y 207.

La circunstancia de que paulatinamente se fuera admitiendo la idea de la propiedad del derecho de gentes junto a la del derecho civil determinó en definitiva que la praescriptio longi temporis que había servido como remedio para paralizar la acción revindicatoria, se convirtiera en un modo de adquirir el dominio natural y entonces ofreció ciertas ventajas sobre la primitiva usucapión pues mientras esta permitía adquirir la propiedad sin afectar los derechos de prenda e hipoteca que pudieran gravar la cosa a favor de terceros, la prescripción los extinguía igualmente.

305o.) Clases de prescripción adquisitiva en el nuevo derecho.- En la época postclásica hallamos: 1o.) la prescripción ordinaria de largo tiempo; 2o.) la prescripción extraordinaria de larguísimo tiempo; 3o.) la prescripción extraordinaria de larguísimo tiempo en que por ser el poseedor de mala fe solo puede utilizarse como defensa frente a la acción reivindicatoria.

La primera se reguló por los plazos de 3 años para las cosas mue

bles, y de 10 y 20 años para los inmuebles, según se tratara de personas presentes o de ausentes, considerándose presentes a las domiciliarias en la misma provincia, y ausentes a los que estuvieran en diferentes provincias. Esta prescripción requiere la buena fé y el justo título; la primera debe existir al tiempo en que se obtiene la justa causa y cuando comienza a poseerse, sin que importe la mala fé sobreviniente.

Desaparecido el distingo entre la propiedad civil y natural la prescripción tiene lugar cuando se adquiere una cosa de quién no es su propietario, "a non domino". No basta para que tenga lugar la usucapión ordinaria, que se realice dicha adquisición por la tradición sino que se exige una causa, o sea un acto jurídico que sirva de fundamento a la traditio y al mismo tiempo es menester la buena fué del adquirente. Si se obtiene así la posesión de la cosa y se la posee ininterrumpidamente durante los plazos legales se adquiere el dominio de la misma por la prescripción.

El título, como dice Pothier, op.cit. Lib.43, tit.3, art.III, p.749 es la causa de la posesión. Puede ser oneroso o lucrativo, pero debe existir. El simple título putativo, o sea el que sólo existe en la mente del adquirente no es suficiente, a menos que exista una circunstancia o hecho que justifique la errónea creencia del poseedor. El primer principio lo enuncia Ulpiano en D.41, 3, 27, y la excepción Neracio D.41, 10, 5, 71, caso de que el poseedor creyera que la cosa fué comprada por su esclavo (y no lo fué) o por el causante del cuál es heredero.

Si la causa está sometida a una condición suspensiva, no puede comenzarse la usucapión mientras el acontecimiento incierto y futuro no se produzca, y no sería bastante la errónea creencia de parte del poseedor de que el mismo se ha verificado si en realidad no hubiera tenido lugar. En cambio si la condición se hubiera cumplido ignorándolo el poseedor, podrá este usucapir: Paulo D.41, 4, 2, 72. La condición resolutoria por el contrario no impide la usucapión, D.41, 4, 2, 77, 3, 4 y 5.

Para adquirir por usucapión ordinaria es menester poseer con título, o sea pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato, pro herede, pro derelicto, pro suo, etc. Pro emptore posee el que ha adquirido la cosa como consecuencia de la compra venta o bien por haber pagado su estima

ción en juicio;es menester que sea de buena fué tanto al tiempo de celebrarse el contrato como al de recibir la misma por la tradición.Si adquirió la cosa de un incapaz no puede poseer pro emptore, sino que lo hará pro suo.

El que posee pro emptore además sólo comienza a usucapir cuando ha pagado el precio, a no ser que el vendedor le diera crédito para el pago.

Pro donato usucape el que ha recibido la cosa por donación sea entre vivos o por acto mortis causa.El hijo de familia no puede usucapir la cosa que le donara el paterfamilias, ni el cónyuge la que le donara el otro cónyuge, pues en el primer caso la donación es inexistente ya que el pater y el hijo son una misma persona, y en el segundo la donación es nula.En cambio si un cónyuge dona a otro la cosa de un tercero, el cónyuge de buena fé puede usucapirla pues el que hizo la donación no se empobrece:D.41,6,1,72;D.41,4,3,D.24,1,25.Lo mismo ocurre si un tercero dona al marido o la mujer una cosa que es del otro cónyuge, siempre que el donatario lo ignorara.D.24,1,44.La duda que se plantea en este caso es si la usucapión no se interrumpe cuando cualquiera de los cónyuges se enterara de la verdad.

Pro dote usucape el marido las cosas dotales ajenas que ha recibido por tradición, pero para que empiece la prescripción es necesario además que se haya celebrado el matrimonio.Usucapidas las cosas el marido debe restituirlas con la dote.

Pro legato usucape el tercero que recibió en legado la cosa que no era de propiedad del causante sino de otro, o bien cuando siendo de propiedad del testador este suprimió el legado en codicilo posterior que se mantuvo ignorado o no conoció el legatario.

En cambio no puede usucapir quién por error de nombre recibe un legado que no estaba destinado para él o bien de un causante que carecía de capacidad jurídica para hacer el legado o si el legatario no la tenía para recibirlo.

Pro herede posee las cosas en particular el que creyéndose heredero, sin serlo, posee las cosas del difunto las que puede adquirir por usucapión:las cosas singulares, no la herencia que es una cosa incorpo

ral y siempre que no haya herederos suyos.Debe ser de buena fé como. ocurre con el que es heredero por testamento ignorando algún vicio - del mismo que lo invalida:en este caso debe contar con la testamentifactio pasiva.O si es heredero ab intestato ignorando que hay parientes del difunto en grado más próximo que lo excluyen.

El heredero en cambio que halla cosas en la sucesión que piensa son del difunto no puede usucapirlas pro herede, sino pro suo y siempre que haya un hecho externo que justifique su error.

Pro derelicto posee el que detenta la cosa abandonada por - quién no era propietario de la misma, creyendo sin embargo que había sido dejada por el verdadero dominus.

El título pro suo es general y se aplica toda vez que alguién - posee una cosa como suma por haberse la obtenido por alguna de las - causas o títulos ya mencionados;pero también la expresión sirve para - designar determinados casos como cuando aunque no haya título por - justo error se justifique la creencia del que comenzó a poseer la cosa- considerándola propia, o si se trata de las cosas que son susceptibles - de ser adquiridas por ocupación, los frutos percibidos con buena fé, las cosas recibidas por tradición en virtud de transacción o adjudicación, etc.

Se exige también la buena fé, que no es sino la opinión de haber adquirido justamente el dominio, D.50, 16, 109.Puede ocurrir que se sepa no haberse adquirido la propiedad y sin embargo tener buena fé - para usucapir como sucede con el que adquiere una res mancipi mediante tradición;sabe que la cosa es ajena pues no se le ha transmitido la propiedad por un modo del derecho civil, pero como se halla protegido por las excepciones de dolo y de cosa vendida y entregada puede usucapir D.9, 4, 28.

El error que genera la buena fé debe ser de hecho y excusable de ahí que si fuera de derecho o consistiera en una supina negligencia el poseedor sería de mala fé:D.22, 6, 4;D.41, 3, 31 pr;D.41, 3, 32, 71;D. 41, 4, 2, 715;D.22, 6, 9.

El que duda sobee la existencia de la justa causa de adquisición se considera de mala fé al igual que el que atribuye a la adquisición un vicio erróneo, cuando existe uno verdadero que impedía la transmisión de la propiedad, D.41, 3, 32, 71; D.22, 6, 9, 74, Cuando el adquirente sabe que una parte de la cosa era ajena e ignora cuál no puede usucapir la cosa, si en cambio sabe cuál porción era la ajena puede adquirir por usucapión las restantes: D.41, 4, 4, 6, 71; D.41, 3, 32 72; D.41, 2, 43 pr.

La mala fé del procurator que adquiere la cosa para el mandante no perjudica a este; en cambio la mala fé del hijo de familia o del esclavo perjudica al pater o al amo. La mala fé del que transmite la cosa cuando esta es mueble perjudica al adquirente pues el que enajena a sabiendas la cosa ajena comete hurto y la transforma en furtiva. Justiniano dispuso lo mismo con respecto a los inmuebles, de modo que si el enajenante era de mala fé el adquirente no podía usucapirla hasta tanto no tuviera conocimiento de la enajenación, el verdadero propietario: Novela 119, cap. 7. Warkoening, op, cit. t. 1 ps. 397 y ss.

La posesión debe al mismo tiempo ser continua: basta con que se posea la cosa por intermediario, a través de un tenedor: D.41, 4, 12; D.41, 5, 2 pr. Es más, aunque se haya entregado la posesión de la cosa al acreedor prendario, a los efectos de la usucapión, la posesión la conserva el que la dió en prenda.

Cuando se comienza la posesión por intermedio de procurator para que empiece la usucapión es menester que el mandante tenga conocimiento de que el mandatario tiene la cosa: D.41, 2, 4, 72; D.41, 3, 47; C. 7, 32, 1. Lo contrario ocurre cuando se toma el corpus por medio de un esclavo propio o de un hijo de familia: D.41, 3, 8 pr; D.41, 4, 2, 711.

El heredero continua la posesión del causante, ya recibido la herencia en forma directa o bien mediante fideicomiso; en tales casos lo que interesa es la buena fé del de cujus y no la del sucesor universal. Se computa igualmente el tiempo de la herencia yacente. Lo que se requiere es que la cosa no haya sido poseída en el interin por otra persona.

El sucesor singular continua la posesión del que le transmite la misma- así como la de los antecesores de este, a condición de que las transmisiones se hayan realizado sobre la base de una justa causa y sean todas de buena fé. Cuando se ha enajenado la cosa y se rescinde el acto jurídico que sirvió de base a su transferencia, aprovecha al enajenante el tiempo que la ha poseído el adquirente siempre que este fuera de buena fé. En cambio si el poseedor ha sido privado injustamente de la posesión no le aprovecha el plazo que poseyó el ladrón o el usurpador pues su - posesión se interrumpió. D.41, 2, 13, 778, 13.

Los plazos de la prescripción ordinaria eran de 3 años para los- muebles y de 10 y 20 para los inmuebles. De 10 entre presentes, esto es cuando el poseedor y el propietario de la cosa se hallan domiciliados- en la misma provincia, y de 20 cuando lo están en distintas provincias- cualquiera sea el lugar de la ubicación, en ambos supuestos, del inmueble. El tiempo comienza a correr desde que se adquiere la posesión y- termina con el comienzo del último día. Si el poseedor o el propietario estuvieran en parte presentes y en parte ausentes, se contarán por cada dos años de ausencia uno para completar el plazo de la usucapión.

La prescripción de larguísimo tiempo se cumple a favor del poseedor de buena fé que no puede adquirir la cosa con la prescripción - ordinaria, sea por carencia de título o bien porque aquélla no era susceptible de ser adquirida por ese tipo de prescripción. Esta usucapión se operaba en plazos mayores, de 30 y 40 años. La de 30 años se aplica: a las cosas que se tienen sin título, a las furtivas u ocupadas con violencia; a los predios enajenados de mala fé sin que lo sepa el dueño, a las cosas del fisco o del patrimonio del emperador; a las cosas de los menores púberes, aún las poseídas durante la impubertad; los beneficios nupciales o bienes adventicios de los hijos enajenados injustamente por el padre, comenzando la usucapión a computarse desde el momento en que se liberan de la patria potestad.

Prescribían a los 40 años siempre que hubiera buena fé las cosas de los pupilos, las de las iglesias, la hipoteca en algunos casos.

Cuando el poseedor era de mala fé sólo podía lograr. Los 30 o

40 años una excepción contra la acción reinvindicatoria del propietario pero no podía adquirir nunca el dominio.

306o.) Efectos de la usucapión.Interrupción de la misma.- La usucapión o la prescripción adquisitiva tiene la virtud de transformar la posesión en propiedad o dominio, extinguiéndose también los derechos reales que podían gravar la cosa si se la poseyó como libre.

Dos son los modos por los cuales se interrumpe la usucapión:uno natural, y el otro civil.Se interrumpe naturalmente mediante la pérdida de la posesión llevada a cabo por la violencia, o si el propietario de la cosa por cualquier causa adquiere por propio derecho la posesión de ello, o si esta dejara de estar en el comercio.

Si el poseedor que perdió la posesión la recupera, puede volver a usucapirla siempre que sea de buena fé, pero el tiempo anterior al despojo no puede computarse ya:la interrupción extingue el plazo durante el cúal se ha poseído la cosa con anterioridad al hecho violento o de usurpación.

Se interrumpe civilmente la posesión mediante el ejercicio de la acción reinvindicatoria por el propietario.En el derecho antiguo se distinguía la usucapión de la praescriptio longi temporis.La primera continuaba a favor del poseedor de la cosa aún durante el desarrollo del juicio de reivindicación, de dónde podía darse el caso de que el demandado adquiriera la propiedad y la transmitiera a un tercero :para evitarlo era que se le exigía por el reivindicante que sumistrara caución .Si este vencía y el poseedor por ucucapión se había convertido en el dueño debía transferir la propiedad al reivindicante o pagar la estimación que de su valor hiciera aquél.Para determinar si el actor era o no el propietario se tomaba por el juez en cuenta el momento de la litis contestatio.La praescriptio longi temporis era en cambio interrumpida por la deducción de la demanda en juicio.

Por el nuevo derecho se tiene en cuenta el momento de la iniciación del pleito;es necesario que la acción sea deducida por el verdadero propietario para que la prescripción se interrumpa.Si el litigio es abandonado y perime, el poseedor no puede continuar con la pres -

cripción ordinaria sino que debe comenzar una nueva de 40 años. A la demanda equivale la protesta hecha por el propietario o el acreedor hipotecario ante el magistrado si se trata de demandar a un ausente, a un pupilo sin tutor, o en general a quién por alguna razón no puede ser llevado a juicio: 1, 2, 6 pr. C. 7, 31. Fuera de estos casos la interpelación extrajudicial no interrumpe la prescripción.

307o.) Usucapio lucrativa pro herede. Usureceptio.- Para completar las nociones dadas sobre la usucapión trataremos dos viejas instituciones, desaparecidas muchos siglos antes de la época de Justiniano: nos referimos a la usucapio lucrativa pro herede y a la usureceptio.

La primera se aplicaba a la adquisición del patrimonio a la muerte del causante; considerados los bienes o cosas del mismo como res nullius eran susceptibles de ser adquiridas por cualquiera, sin necesidad de título ni de buena fé; antes bien, se suponía la mala fé del adquirente. La finalidad de la institución quizá era que se quería a toda costa que los herederos se apresuraran a tomar los bienes de la sucesión en beneficio de los acreedores y de los demás intereses que la sucesión por causa de muerte suponía. Posteriormente se restringió la institución no pudiendo usucapirse en tal forma contra los herederos suyos, aunque sí pudo hacerse contra los herederos necesarios, o sea los esclavos del causante manumitidos e instituídos herederos en su testamento. También surgió la regla de que nadie por su sola voluntad puede intervertir la causa de su posesión, con lo cuál se quería evitar que el que detentara alguna cosa del causante como comodatario, locatario o tenedor en general pudiera, a su muerte, usucapirla por la usucapio lucrativa pro herede.

Para adquirir por dicha usucapio las cosas hereditarias, fueran muebles o inmuebles, se requería la posesión continua dufante sólo un año.

Un Senado consulto de Adriano confirió a los herederos extraños la petitio hereditatis contra los que habían adquirido cosas del difunto por la usucapio lucrativa pro herede, de modo que estos sólo pudieron beneficiarse con dicha usucapión, frente a terceros, pero la es-

fera de la institución inicua se restringió notablemente hasta que Marco Aurelio configuró el apoderamiento de las cosas del difunto como un crimen de herencia despojada. Se explica que fuera necesaria una constitución imperial para convertir en delito el apoderamiento de las cosas de la sucesión antes de que los herederos las adquirieran, pues como cosas de nadie no estaban en el patrimonio y sobre ellas no podía cometerse hurto.

La usureceptio era una institución que permitía al que había sido propietario de la cosa volverla a adquirir por la usucapión en los siguientes casos: 1o) transferido el dominio de la cosa con la cláusula de fiducia, antigua forma de garantizar las obligaciones, si el transmitente de cualquier manera adquiría la posesión podía usucapir la cosa aunque fuera de mala fé y aunque se tratara de un inmueble, en el plazo de 1 año; 2o) cuando el pueblo romano vendía una cosa mueble o inmueble de un ciudadano en virtud de obligaciones fiscales no cumplidas, el propietario podía usucapirla con la posesión de 1 año o de 2 años, según fuera mueble o inmueble.

308o.) Modos de extinción del dominio.- Se puede extinguir la propiedad A) por acto voluntario del propietario; B) por un hecho ajeno a su voluntad. Se extingue el dominio por acto voluntario cuando el dueño lo transmite ya que sobre la misma cosa al mismo tiempo no puede haber más de un propietario, o bien cuando el dueño abandona la cosa con la intención de abdicar el derecho de propiedad que tiene sobre la misma. D.41,2,17,71; I 2,1,747; D.41,7. Cuando falta esa intención no se pierde la propiedad como ocurre si se han arrojado las cosas al mar por peligro de naufragio, I,2,1,748; D.47,2,43, 711.

Siempre que se pierde el dominio por acto voluntario del dominus se requiere además que este tenga la capacidad de disponer de la cosa, D.41,7,3.

Por hecho ajeno a la voluntad se extingue la propiedad: 1o) por la extinción del objeto; 2o) si la cosa se hiciera sagrada, santa, religiosa, común, pública; 3o) si fuera tomada por el enemigo; 4o) tratán-

dose de un animal salvaje, si recuperara su libertad natural Warkoening op.cit.t.1, ps.406 y 407.

309o.) Tutela de la propiedad.La acción reivindicatoria.La acción negatoria.La Publiciana in rem.- La acción principal que protege la propiedad es la acción reivindicatoria, acción in rem por excelencia. Esta acción ha sufrido una lenta y prolongada evolución a través de tres etapas fundamentales.

La primera fase del desarrollo corresponde al período de las acciones de la ley, durante el cuál sólo se tuteló la propiedad quiritaria mediante la actio legis per sacramentum in rem.La llamada propiedad bonitaria sólo podía alcanzar dicha tutela a través de los interdictos.

Ya hemos estudiado con cierto detalle esta acción de la ley cuando nos ocupamos del procedimiento.Baste entonces con recordar los siguientes caracteres:a)protegía sólo la propiedad reconocida por el derecho civil;b) ambas partes tenían que reivindicar;c) el procedimiento era formal y penal;d) si ninguna de las partes probaba el derecho de propiedad sobre la cosa esta no se adjudicaba a ninguna de ellas.

Con el procedimiento formulario creó el magistrado la fórmula petitoria que se aplicó tanto a la propiedad del derecho civil como a la del derecho de gentes.Las fórmulas pertinentes según se tratara de uno u otro dominio se caracterizaban por la intentio, pues si se perseguía la tutela del dominio quiritario así se expresaba en esa parte esencial de la fórmula;en cambio si lo que se buscaba era protección para la propiedad del derecho de gentes, también surgía de la "intentio".

Se elaboró así una fórmula que tenía por fundamento el derecho de gentes, como que era una creación pretoriana, de buena fé, arbitraria.Era arbitraria ya que la fórmula indicaba al juez la condena para el caso de que el demandado vencido no restituyera al vencedor la posesión de la cosa con todos los accesorios y las prestaciones personales que de la orden del juez emanaban.

Caracteristica fundamental de dicha fórmula fué que ya no fué necesario que el poseedor de la cosa que se reinvindicaba la contra -

vindicara y tuviera que probar a su vez la propiedad;le bastaba con - negar el dominio que el actor invocaba, y si este no lo probaba la cosa quedaba en poder del demandado.

Desaparecido el procedimiento formulario, la acción reinvindicatoria subsistió con los antiguos caracteres que tenía, enriquecida por las aplicaciones de la práctica crearon variantes de sumo interés.

Así modificada y enriquecida hallamos tratada la acción reivindicatoria en D.6, 1, en C.3, 32.

Warkoening, op.cit.t.1.p.407, la define así:"En verdad la acción reivindicatoria, que desciende del dominio, es aquélla por la cuál repitiendo el dueño su cosa de cualquier poseedor, acciona para esto, para que se lo declare propietario, y se condena al demandado a que le restituya la misma con toda su causa".

Para ejercitar dicha acción se requiere ser propietario, sea del derecho civil o del de gentes.Por excepción sin embargo se admite que pueda reivindicar la cosa quién no es propietario de la misma.Pero ello ocurre en virtud del ius singulare.Se dice que en estos supuestos - hay una acción reivindicatoria útil para indicar que no es la directa, o sea la que correspondería conforme a los supuestos para los que se - da la acción reivindicatoria.

Para comprender las excepciones es menester primero saber que sólo tratándose del patrimonio, universalidad jurídica, es posible admitir la subrogación real.Ya hemos enseñado que es lo que esto significa al ocuparnos del patrimonio.La subrogación real es la substitución de una cosa por otra.Fuera de los casos de sucesión iniversal la misma no se admite.De modo que si con dinero del acreedor se compra una cosa no es posible sostener que el creditor se haya hecho propietario del - bien adquirido.

Para beneficiar a ciertas personas se aparta el Derecho Romano de esa regla y así:1o) confiere a los menores una reivindicatio utilis contra los tutores o curadores con respecto a las cosas que han comprado con dinero de los pupilos o curados;2o) a los militares respecto-

a las cosas adquirirdas con dinero del peculio castrense; 3o.) al cónyuge sobre las cosas obtenidas mediante el dinero que dono al otro cónyuge, si ester fuera insolvente.

En todos esos casos no procedería la acción reivindicatoria si la ley especialmente no la acordara pues si el tutor o el curador con dinero del sometido a tutela o curatela compraron para sí algo, la propiedad le corresponde a ellos, no teniendo aquellos sino una acción personal contra los administradores de sus bienes. Lo mismo cabe decir en el caso del soldado, y en el del cónyuge que hizo una donación nula pues entre marido y mujer estaban prohibidos esos actos de liberalidad.

Se discute si la mujer puede reivindicar las cosas adquiridas por el marido con dinero dotal: ver Warkoening, op. cit. t. 1, p. 408, nota 3; en contra c. 5, 12, 12; como objeción D. 23, 3, 54. La dificultad está en que el texto del Código dice que la mujer puede reivindicar lo adquirido por el marido con dinero de la dote en la medida de su insolvencia, y el fragmento de Gaio pareciera afirmar en forma absoluta que las cosas así obtenidas pueden siempre ser reclamadas por la uxor. Para resolver la contradicción que surge entre ambos textos hay autores, Heinecio, Westenberg, etc. ver Gluck, op. cit. Lib. 6, t. 1, nota 95, p. 152 que hacen prevalecer el texto más reciente del Código sobre el del Digesto. Los que no admitieron que pudiera existir tal negligencia de parte de los compiladores de Justiniano buscaron la conciliación, unos sobre la base de que la disposición de Gaio se refería al caso en que el marido comprara o adquiriera algo con dinero dotal a nombre o por cuenta de su mujer, Accursio, Antonio Fabro, Voet. Los intérpretes griegos en cambio limitaron la norma del fragmento 54 al caso en que el marido era insolvente. Cuiacio en Lib. 5 de Observaciones y Enmiendas, cap. 29, en latín, señala que Harmenop'los le concedía a la mujer directamente la acción reivindicatoria. Aunque el granjurista opina que es una acción útil que se concede siempre y cuando el marido resulte insolvente. Otros en cambio sostienen que el fragmento 54 establece la regla general adquiriendo el marido la propiedad de lo comprado solo durante el matrimonio, Gluck, op. cit. p. 154. Topp, sostuvo que la norma del Código estaba establecida a favor de la mujer

para evitar que los acreedores del marido le impusieran que se quedara con la cosa si esta era de menor valor. Huefeland, según Gluck, op. cit. p. 155, coordina el fragmento 54 con el anterior, o sea el 53, y sostiene que toda vez que el marido ha recibido como dote una obligación indeterminada e incierta, las cosas adquiridas por el vir con dinero prometido como dote se consideran de propiedad de la mujer. Voigt en cambio se remite a la distinción entre dote numerada o estimada y no estimada, si ha ocurrido lo primero lo adquirido es del dominio del marido, y sino, de la mujer. Gluck rechaza todas esas teorías y se atiene al criterio de los griegos y de Cuiacio, op. cit. p. 161.

En todas esas excepciones ya mencionadas no está claro que los beneficiarios adquieran realmente la propiedad. Ihering en El traspaso de la reivindicatio a los no propietarios, Anales para la dogmática, Vol.1 , No. 3 ps. 120 y ss. citado en nota a) p. 79 de la obra de Gluck, lib. VI, tit. I, afirma que la reivindicatio utilis es una acción personal reforzada que tiene el pupilo o el soldado para que el tutor o el adquirente de la cosa con dinero de aquellos les transmita el dominio. Windscheid Pandette, y 174 nota 9, y Arndts-Serafini, Pandette y 145 nota 3, les conceden en cambio la acción reivindicatoria contra cualquier poseedor; entienden pues que han adquirido la propiedad. Denburg. El derecho de prenda según los principios del derecho romano actual vol. 1, p. 326, cit. también en la referida nota, señala que es un derecho obligacional que puede hacerse valer ante terceros Vangerow , Pandette y 332 nota 3 III 2 y Pagenstecher, Propiedad III ps. 22 y 25 creen que la actio rei vindicatoria utilis en tales supuestos es una acción real pero que procede en la medida que podría prosperar la acción reivindicatoria directa ejercitada por el adquirente de la cosa. Fabro y Lohr sostuvieron que era una especie de la acción hipotecaria.

Ihering todavía señala, ver nota a) ps. 147 y 148 de la obra de Gluck , Lib. VI, tit. I, y 585, que al pupilo y al soldado se acordó la rei vindicatio utilis en el caso de que el tutor o curador adquirieran una cosa por cuenta del pupilo o del menor pero a nombre propio, lo que solo ocurriría tratándose de fundos itálicos, que eran res-

mancipi y que no podían adquirirse sino a nombre propio. Tal es el alcance que según dicho autor debe darse a la opinión del Ulpiano que figura en D. 26, 9, 2.

Gluck, luego de reseñar las distintas teorías que negaron que la acción revindicatoria útil sin más significaba que el pupilo o el menor habían adquirido la propiedad, ver pags. 145 y 14 6, se pronuncia por la tesis amplia, o sea por la que propugna que la acción reivindicatoria útil presupone el dominio de aquel que la ejercita.

Para Gluck, op. cit. p. 147, el fundamento se halla en una presunción pues cualquier cosas que adquiera el tutor con dinero del impúber debe reputarse adquirida para este. Y la práctica acordó igual beneficio a la Iglesia en los casos de las adquisiciones hechas por sus administradores con dinero de aquellas, a los soldados C. 3, 32, 8 , etc.

Ihering en su ya citado trabajo además de los mencionados enumera los siguientes en que se da una acción reivindicatoria útil: 1o.) la concedida al propietario de una tabla pintada contra el pintor: Gaio, II, 78, 1, 2, 1 y 34; D. 41, 1, 9 y 2. 2o.) La actio utilis in rem del propietario del árbol contra el del suelo donde este se plantó o echó raíces, D. 6, 1, 5 y 3; 3o.) la utilis actio del donante contra el donatario que no cumple el cargo de la prestación de alimentos, para recuperar la cosa donada: C. 8, 55, 1; 4o.) la del prometido para revocar una donación propter nuptias cuando no se ha celebrado el matrimonio, C. 5, 3, 15; 5o.) la utilis actio ex poenitentia prevista por D. 39, 6, 30 en las donaciones por causa de muerte. En todos estos supuestos como en los anteriores solo formalmente estamos, dice Ihering, en presencia de una acción reivindicatoria. En realidad lo que con esta se persigue es que se transmita, al que la ejerce, la propiedad, sea directa o eventualmente, y solo se da contra el propietario obligado a hacer esta transferencia, teniendo por fin el refuerzo de una acción personal, y constituye una forma privilegiada del ejercicio del derecho de obligación, ver nota a) en Gluck, ps. 164 y ss. En apoyo de su tesis Ihering invoca C. 8, 55 (54), 1 donde se habla de restituir el pristino dominio. En unos casos como en el del pupilo y del

pupilo y del soldado, con esa acción se persigue directamente la transmisión del dominio, en otros ocurre ello en forma eventual, como cuando se trata de la mujer que persigue del marido la restitución del dinero dotal empleado en la adquisición de alguna cosa, o bien del dueño de la tabla dónde otro pintó algo: en estos supuestos se persigue un crédito y sólo en defecto de su cumplimiento se podrá obtener la propiedad de la cosa. Como se ve conforme al criterio de Ihering la reivindicatio utilis no podría ejercitarse contra terceros poseedores del objeto. En contra del insigne romanista se pronunciaron Windscheid que ve en esos ejemplos de adquisición de la propiedad por la ley, Arndts Serafini etc. Hay quién ha sostenido que la utilis vindicatio es la acción Publiciana: Appleton: Historia de la propiedad pretoriana y de la acción Publiciana, en francés, Paris 1889 vol. I, n.7 ps.26 y 28 etc. ver nota de Gluck op.cit.p.166. La base de la teoría radica en que siendo el fundamento de la Publicina la traditio con justa causa, no se perdería su ejercicio ni aún cuando se haya producido la pérdida de la propiedad y aún de la acción reinvindicatoria, con el sólo límite de que no podría ejercitarse contra un poseedor que pudiera rechazarla con la excepción de dolo o de cosa vendida y entregada. Fuera de estos supuestos, aún el que hubiera perdido el dominio, podría ejercitar la referida acción. De esemodo se habría otorgado primero en los casos en que un tercero, sin la voluntad del propietario, le hubiera hecho perder a este la propiedad de la cosa, como ocurre con el lienzo o la tabla sobre los cuáles se ha pintado algo; posteriormente se aplicaría al supuesto en que transmitida la propiedad con un pacto resolutorio, cumplido este, no se transfería de inmediato el dominio, pero el anterior propietario podría ejercitar la Publiciana, y así se habría extendido a las donaciones con cargo de prestar alimentos al donante si el donatario no cumplía la prestación. Appleton, a diferencia de Schulin, no se pronuncia sobre los casos de adquisiciones hechas por el tutor o el curador con dinero del pupilo o del menor soldado: ver nota citada p.166. La tesis se presenta a objeciones serias; así, por ejemplo, si lo que se persigue en realidad es el pago del precio, como ocurre, en el caso de la pintura, a qué concebirla como acción in rem? Mejor sería, dice, el anotador de Gluck, op.cit.p.166, ima

ginarla como acción personal conforme lo ha hecho Ihering.

Todas esas teorías que hacen fincar la actio reivindicatoria utilis en la persecución de una obligación olvidan la naturaleza misma de la actio in rem que en el procedimiento formulario se distinguía netamente de la acción personal por la "intentio":De modo que no parece admisible que se llegue a olvidar ese hecho,aunque con la forma reivindicatoria en realidad se persiguiera el cumplimiento de una prestación.Pero precisamente al darle tal forma se tiene que haber extendido el alcance de la acción hacia terceros.Para nosotros los casos del pupilo, del soldado, se explican mejor con la subrogación real ;el del propietario del árbol que echó raíces en terreno ajeno, o el de la tabla que pintó otro, como supuestos en que si no se paga el valor de la cosa no se ha adquirido el dominio;el de la donación con cargo, como cláusula de resolución;y en este supuesto bien podría ser la Publiciana in rem la que se ejercitara.En el de la mujer por la restitución del dinero dotal, cabe tener en cuenta una garantía del crédito, pero que en todo caso podía llegar a la propiedad de la cosa adquirida.

No bastaba sin embargo con ser propietario para el ejercicio de la acción reinvindicatoria;además era necesario serlo al tiempo de la litis contestatio y al momento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada:D.13, 1, 14, pr.D.10,4,7,77.Por eso si durante la litis el actor deja de ser propietario pierde el pleito;y si adquiriera el dominio luego de la traba de la litis sufrirá las impensas del litigio.Por lo demás no interesa, observa Warkoening, op.cit.p.409, que tenga la propiedad irrevocable o revocable, plena o menos plena, o si solo sea el propietario o se trate de un condómino:D.6, 1, 66;D.50, 16, 25;D.6, 1, 23, 73;D.6, 1, 76.

La acción reinvindicatoria puede dirigirse tanto contra el poseedor como contra el que sólo detiene la cosa, D.6, 1, 9;D.6, 1, 36, pr. 1, 4, 6, 72.El tenedor puede liberarse del pleito indicando la persona a nombre de quién detiene la cosa C.3, 19, 2.

El demandado debe poseer en dos momentos:1o)al trabarse la litis y 2o) al dictarse la sentencia.Si en el interin perdiera la posesión

sin dolo malo o bien sin culpa si fuera poseedor de mala fé, será absuelto. Si en cambio no poseía al tiempo de la litis contestatio pero sí al de la sentencia, será condenado. Si muere, el heredero que posea la cosa será el que deberá restituirla.

En principio sólo cabía la condena si el demandado poseía en los dos momentos indicados, de manera que aunque antes de trabarse el litigio o durante este se desprendiera dolosamente de la posesión de la cosa debía ser absuelto. Para evitar tamaña injusticia la jurisprudencia extendió los resultados del Senadoconsulto Juvencio que se aplicaba a la petitio hereditatis también a la acción reinvindicatoria y de ese modo sancionó al que dejara con dolo de poseer. Igualmente se involucró al que falsamente se decía poseedor sin que lo fuera en realidad. En tales casos los demandados debían pagar la estimación del valor de la cosa que bajo juramento hiciera el actor.

Los herederos de los que dejaron de poseer con dolo o de los que se atribuyeron falsamente la posesión sólo son responsables por el enriquecimiento obtenido o por el daño causado al actor.

El propietario que obtuvo el valor de la cosa del que dejó con dolo de poseer o del que se atribuyó falsamente la posesión puede todavía reinvindicar la del poseedor.

Pueden reinvindicarse todas las cosas que están en el comercio sean singulares o compuestas; se pueden reinvindicar las universalidades de hecho como un rebaño, un buque, pero no las universalidades de derecho como la herencia, el peculio profecticio: Gluck, Lib.6, tit. 1, p.12.: Ulpiano D.6, 1, 1, 771 y 3.

Si bien en la época de Gluck era universal la creencia de que podía reinvindicarse el rebaño, la misma no fué seguida por los autores posteriores, ver nota a) ps.12 y ss. obra de Gluck citada. Sin embargo como señala Ascoli, op.cit., no es posible desconocer que Ulpiano en el texto antedicho 73 dice que una cosa es reinvindicar el rebaño y otra cada animal en particular, y que los romanos conocieron las universalidades de hecho como categoría propia de cosas. Los contradictores entre los que se hallan Exner, Vangerow, Pagenstecher, Unger, etc, señalan que dicha categoría de cosas fué filosófica y que los

romanos no le dieron importancia práctica y que la reivindicación del rebaño era igual que la de cada uno de los animales. Para Scialoja, cit. por Ascoli, p.13, era doctrina estoica que se halla con frecuencia en los libros de los filósofos; así distinguían tres categorías: 1o) cosas continuas o que se continen en un espíritu; 2o) cosas compuestas, que constan de cosas adheridas y 3o) cosas compuestas con cosas no adheridas pero vinculadas por la función. Pomponio, dice Scialoja, reprodujo esa clasificación en D.41, 3, 30 pr. La cuestión es si la misma tuvo efectos prácticos. En D.41, 3, 30, 72 Pomponio no obstante admitir la categoría de cosas antedichas, refiriéndose al rebaño dice que la posesión y la usucapión versará sobre cada uno de los animales en particular. Sin embargo tendría una aplicación efectiva en materia de reivindicación pues de no existir la grex como tal el propietario hubiera debido reivindicar cada uno de los animales por otras tantas acciones. Los que no admiten la trascendencia de la clasificación reconocen que podía producir ese efecto: el de evitar al propietario tener que reclamar cada animal en juicio separado, pero sostienen que aún reivindicando el rebaño debía probar la propiedad sobre cada uno de los animales.

El anotador de Gluck, p.cit.ps. 14 y ss. se niega a admitir tales conclusiones, sosteniendo que tiene trascendencia práctica la categoría de las universalidades de hecho, consideradas como un todo, al punto de constituir objeto de los negocios jurídicos, y concluye que los romanos concibieron la propiedad del rebaño como algo diferente a la de los animales que lo componían; de esa manera era distinto reivindicar la grey de reivindicar cada uno de los animales en particular, sin que pueda objetarse con la opinión de Pomponio ya citada, en el sentido de que la usucapión debía recaer sobre cada uno de los animales en particular. Esto último es innegable pero no desnaturaliza la propiedad sobre el rebaño en sí que facilitaba al reivindicante la prueba de su derecho. Si alguién compra un rebaño, en el que puede haber animales ajenos, le será más fácil probar la propiedad del conjunto que la de cada una de las bestias que lo componen. Además bastará al actor con probar el dominio del rebaño; el demandado deberá probar que tales o cuales animales no son de aquél, sino deberá restituírselos. La doctrina citada sos-

tiene lo contrario pero precisamente porque parte del principio de la inexistencia del rebaño como cosa en sí, susceptible de ser objeto de derechos.

La ventaja radica en facilitar la prueba aunque en definitiva, como dice Aascoli, op.cit.ps.16 y 17, la propiedad del rebaño sea la de los animales en particular. Así puede conciliarse D. 44, 2, 21, 71 Pomponio que esgrimen los de la teoría opuesta como prueba de que el rebaño no es sino la suma de cada una de las cabezas. El fragmento citado dice que la sentencia recaída en la vindicatio del rebaño hace cosa juzgada si se reclama luego un animal en particular que existía al tiempo en que se dedujo la primera acción. Como observa Ascoli, la propiedad del rebaño facilita la prueba al actor, aunque en definitiva "en su eficacia práctica no difiere de la propiedad de cada uno de los animales", op.cit.p.17. Si se ha fallado ya sobre el rebaño o se habrá declarado el animal propio del actor o bien del demandado y en ambos supuestos se explica que existe cosa juzgada y que no se pueda reivindicar nuevamente un animal que estaba ya comprendido en la sentencia dictada en el primer proceso que medió entre las mismas partes. Las mismas ventajas concede al beneficiario el usufructo, la prenda de un rebaño; si bien ambos derechos reales recaerán en definitiva sobre cada animal, facilitarán la prueba en el ejercicio de la acción confesoria y de la acción cuasi Serviana.

El que quiera reivindicar una cosa agregada a otra ajena debe primero accionar con la actio ad exhibendum para que se separen, y si la separación no es posible la reivindicatio cesa, Warkoening, op. cit, t, 1 p. 411.

Para triunfar el actor debe probar: 1o) que el demandado posee. Por poseedor se entiende el que detenta la cosa a nombre propio I, 4, 6, 71: "Si alguno acciona con aquél, que no está obligado a él por derecho, empero promueve controversia sobre la cosa a alguno, en cuyo caso existen las acciones in rem como si alguno posea la cosa corporal, que Ticio diga que es suya y el poseedor diga que el dominio es suyo: pues si Ticio pretende que es suya, la acción es in rem". Como ex

plica Teofilo:"Si posees un campo o una casa, que yo digo son de mi - propiedad, tu en verdad dices que son tuyos, iré contra tí con acción - in rem diciendo:Si se prueba que la cosa es de mi dominio Oh Juez - condena al adversario".

No es necesario, sin embargo, que el demandado pretenda ser el propietario, le basta con negar la propiedad que invoca el actor. La - carga de la prueba corresponde a este: D.21, 3, 21 in fine, Marciano.

Si el demandado posee en nombre de otro le basta con manifestarlo: D. 6, 1, 80, indicando el nombre del poseedor: De ahí que Pegaso dijera que la reivindicatio sólo procedía contra el verdadero poseedor, contra el poseedor jurídico:D. 6, 1, 9. La opinión de Ulpiano endicho fragmento, que puede ejercitarse la reivindicatio contra el tenedor que tiene facultad de restituir la cosa, ha originado disputas. Algunos han creído que la misma es inconciliable con la de Pegaso y propusieron reformar el texto leyéndolo de modo que diga que no procede - dicha acción contra el tenedor que no tiene la potestad de restituir. - Pero Gluck, op. cit.p. 171, señala que no es necesario tal remedio: - basta con pensar que si el tenedor no dice que posee a nombre de otro se ofrece a la litis y debe sufrir las consecuencias de su conducta, lo - mismo que el que no poseyendo en absoluto, falsamente afirmara lo contrario:D, 6, 1, 25, 26 y 27. Si el tenedor dijera no ser poseedor pero in iure se negara a denunciar a su "auctor", ocurriría lo mismo, D. 11, 1, 11, 74, y se lo tendría por poseedor jurídico.

La "interrogatio" previa ante el magistrado se imponía si el actor no quería ver frustrados sus intereses, pues antes de Constantino no había ley que obligara al demandado a nombrar a su "auctor", es decir a la persona en cuyo nombre detentaba la cosa. La interrogación podía hacerse a pedido del actor, pero por lo general se hacía de oficio por el magistrado: D.6, 1, 9, Ulpiano.

Constantino en C.3, 19, 2, impuso al demandado el deber denombrar a la persona por la que poseía sino quería hacerse responsable de las resultas del litigio por haberse ofrecido voluntariamente al mismo. Dicha denuncia se llama "laudatio o nominatio auctoris" y debe - hacerse antes de que se instruya la instancia Aunque la citada consti -

tución mencione solamente a los inmuebles, es indudable que también procede cuando se reinvindican cosas muebles:ver Gluck, op. cit. p.-174.

Hecha la denuncia, el magistrado debe citar a juicio al poseedor sin que sea necesario que el actor inicie contra él una nueva acción:Gluck,op.cit.p.174. Si no comparece e incurre en rebeldía se adjudicará la posesión de la cosa al actor.

Si el demandado, siendo el verdadero poseedor, mintiera denunciando un falso auctor, probado ello, perderá la posesión que se adjudicará al reivindicante y por derecho de las Pandectas perdía el pleito-D. 6, 1, 80, aunque por la Novela 18 cap.10 sólo pierde la posesión y podrá, si quiere, ejercer la acción reivindicatoria contra la otra parte.

También puede ejercitarse la actio reivindicatoria contra el "fictus possessor" y se consideran como tales:1o) el que se ofrece espontáneamente a la litis, pretendiendo ser poseedor sin serlo; 2o) el que siendo poseedor, dolosamente se desprende de la posesión para frustar el derecho del actor. Ambos casos son aplicaciones del SC.Juventiano previstos para la petitio heriditatis que se extendieron a la acción reivindicatoria.

Naturalmente que el que falsamente se atribuyó la posesión de la cosa, sin tenerla, en caso de que triunfe el actor, no podrá restituirlo que nunca tuvo, de modo que tendrá que pagar como indemnización la estimación que haga el actor bajo juramento:ello si el demandado obró dolosamente. Si lo hizo por culpa deberá pagar al actor los daños que le haya ocasionado con su injusta conducta. Es necesario además que en ambos supuestos el actor hubiera razonablemente creído que el demandado era precisamente poseedor:Gluck, op.cit.ps. 177 y 178. - Quién debe probar que el reivindicante sabía que no era poseedor es el demandado.

El actor que haya así obtenido el pago de la estimación o daños puede igualmente perseguir con la acción reivindicatoria al verdadero poseedor:D. 6, 1, 7. En contra se pronuncia Exner quién dice que

ello sólo sería posible si el fictus possessor, condenado, no hubiera pagado el valor de la cosa. Gluck refunta la opinión de Exner, sobre la base de que lo que paga el poseedor ficticio es una pena, ver nota 12 p. 178. Y para fundar su tesis se remite a D. 46, 3, 95, 79 dónde se establece que lo que se haya pagado en virtud del dolo pretérito no beneficia al poseedor.

En el segundo caso cabe distinguir: a) si el poseedor dejó dolosamente de poseer la cosa antes de que se dedujera la acción, el actor tendrá contra él una actio in rem utilis para que lo indemnice, a cuyo efecto podrá valerse del juramento, D.6, 1, 71. Si el poseedor muriera luego de perder dolosamente la posesión y antes de ser demandado, sus herederos responderán por una acción in factum en la medida del enriquecimiento D. 6, 1, 52. Los herederos del fictus possessor responden en cambio por el propio dolo, D.6, 1, 51, ver Gluck op.cit. p. 179, nota 14.

Si antes de que se inicie el proceso el poseedor pierde la posesión por culpa, se distingue si era de buena o de mala fé. En el primer caso no es responsable por aplicación del principio que rige la petitio hereditatis, D, 5, 3, 31, 73. En el segundo en cambio se tiene en cuenta el dolo anterior, y se da contra él una acción in rem útil por el valor de la cosa. Rige igual principio de la petitio hereditatis.

b) Si el demandado pierde la posesión durante el litigio habrá que ver si ocurrió ello por su dolo o su culpa. Si tuvo lugar dolosamente deberá pagar al actor la estimación que este haga bajo juramento D. 6, 1, 68; estimación que sin duda debía ser limitada por el juez con una cantidad máxima: D. 12, 3, 4, 72; D.4, 3, 18 pr. El demandado que pague tal indemnización no podrá pretender que el actor le ceda su derecho: D. 6, 1, 69. Si muere, la misma solución se aplica contra sus herederos: D. 6, 1, 42 pues la litis contestatio perpetúa la acción y la transmite a los sucesores con todas las consecuencias.

Cuando el demandado pierde la posesión durante el litigio pero a causa de su culpa, es condenado a pagar al actor la indemnización que fijará el juez D.12, 3, 4, 74; D.12, 3, 5, 73, y puede pedir

al reivindicante que le ceda sus derechos sobre la cosa, y aún sin dicha cesión tiene el ejercicio de la acción Publiciana contra el poseedor - de la misma, aún contra el propietario a quién pagó su valor D. 6, 1, 63.

Posea el demandado al tiempo de la litis contestatio o antes - de la sentencia, en todo caso será condenado si el actor ha probado su derecho. Se exigía al principio que tuviera la posesión al tiempo de la traba de la litis y al de la sentencia, pero prevaleció la solución de - Proculo en el sentido ya indicado, D, 6, 1, 27, 71

2o) El actor debe probar además que es el propietario. Cómo - probará el dominio? Lo hará justificando que ha adquirido la cosa por alguno de los modos del derecho civil o del derecho de gentes. Si lo - adquirido por algun modo que excluye la transmisión o el consentimien to de quién era el propietario, como por accesión, prescripción, bastará con que suministre la prueba de ello. Pero si ha adquirido la cosa - por transmisión de otro deberá probar que este era propietario, y a su- vez que el que se la transfirió a este también lo era y así sucesivamen te? Cómo la tradición, según dice Ulpiano, D.41, 1, 20, no transmite al accipiens sino el mismo derecho que tenía el tradens debe concluir se que hay que justificar no sólo que se ha obtenido la cosa por causa y modo aptos para la transmisión de la propiedad, sino que quién la - transmitió era propietario, para lo cuál habrá que reproducir igual prue ba con respecto al antecesor si este la hubo por modo derivativo, y así sucesivamente. Brinz, Pandette 2o ediz. I ps. 652-53 y 168, Pagenste - cher, Propiedad, III p. 143, Thibaut Archivo para la práctica civil. Vol. 6, n. 15, cit. en nota a) p. 143 de la obra de Gluck, lib, VI, tit. I, dicen- que basta con que el reivindicante pruebe el negocio jurídico (causa), y el modo de adquirir que justifica la propiedad, debiendo el demanda do tener a su cargo probar que recibió la cosa de quién no era propie- tario de la misma. Dice el anotador de Gluck que la teoría es inacep- table pues la prueba de la propiedad no puede consistir sino en probar la propiedad. Para sostener la solución contraria se dice que la referi- da prueba sería diabólica, pero Vangerow, Pandette, 7232 nota 1 cit. en

nota a) p.143 de la obra de Gluck, dice que eso no es cierto ya que se puede recurrir a la usucapión, o sea que la referida prueba de los antecesores se detendría en el tiempo necesario para adquirir la cosa por la prescripción adquisitiva. Además el reivindicante si no pudiera suministrar esa prueba, podría accionar con la Publiciana in rem que no exigía la justificación del dominio. La mayor parte de la doctrina rechaza el criterio de Brinz, Warkoening, op.cit.t. 1, No.273, p.412 sigue un criterio intermedio exigiendo que el actor pruebe no sólo la justa causa y un modo en lo que a él concierne, sino también que mediaron, si se da el caso, esos dos requisitos en el que le transmitió la cosa.

Hay excepciones a la regla de que debe probarse en forma tan rigurosa la propiedad y ellas son: 1o) cuando se adquirió la cosa del Fisco, del príncipe o de la mujer del emperador por compra, donación o cualquier otro título, Gluck, op. cit.p. 144, C.7, 37, 2 y 3, 1, 2, 6, 7 ult.dónde se menciona la constitución de C.7, 37, 3. El que adquiere en esos casos se halla seguro de cualquier reclamación que puedan formularles los terceros que tendrán que dirigirse y dentro del plazo de 4 años contra los transmitentes; 2o) los pupilos y los menores con respecto a las cosas adquiridas con su dinero por los tutores y curadores en nombre propio, D, 26, 9, 2, Ulpiano; 3o) las Iglesias por las cosas compradas con su dinero por sus administradores a nombre propio; 4o) los soldados por las cosas compradas por otro a nombre propio con dinero castrense de aquéllos; 5o) la mujer por las cosas compradas por su marido con dinero dotal en el caso de que este fuera insolvente y no pudiera restituirle la dote.

La prueba de la propiedad puede hacerse por todos los medios válidos como documentos, testimonios siempre que versen sobre el modus adquirendi, por el juramento.

La acción reivindicatoria persigue la finalidad de que se reconozca la propiedad del actor sobre la cosa y de que se le restituya lo misma con toda causa, es decir con todas las accesiones y frutos. De ahí que el reivindicante debe comenzar por individualizar de la manera mejor posible el objeto sobre el cuál recae su acción a fin de evitar luego discusiones sobre su identidad: D. 6, 1, 6, como podría ocurrir si

varias cosas llevaran el mismo nombre y se hubieran especificado, para no confundirlas, D, 6, 1, 5, 75. En la duda debe interpretarse la demanda a favor del actor y estarse a sus manifestaciones D. 45, 1, - 83, 71; D.5, 1, 61 y 66. Si es un inmueble debe indicarse el lugar - dónde está, su nombre, los límites; si se trata de muebles se individualizarán señalando su tamaño, color, cualidad; si son animales o esclavos se especificará además el sexto y cualquier detalle que sirva para la identificación. Del mismo modo deben indicarse los accesorios de una cosa principal o compuesta, como los elementos de un buque, - o el ajuar de una casa D, 6, 1, 3, 71.

La restitución de la cosa debe hacerse gratuitamente por el - demandado, C, 3, 32, 3, quién no puede pretender que el actor le - pague el precio que pagó a un tercero por la misma, sin perjuicio de la acción pertinente que tendrá contra este en virtud del contrato o - de la relación jurídica que medió entre esas partes. Ni aún siendo de buena fé podría pretender que el reivindicante le hiciera esa restitución: la solución pareció injusta a Barbeyrac, Schwarz y Bodino, ver - Gluck, op. cit. p. 183 y nota 30. Pero los textos están contra esa opi - nión. Así en C. 3, 19, 1, se dice que el comprador de buena fé no - puede frente a la acción reivindicatoria nombrar al propietario como "auctor" suyo.

La regla sufre empero excepciones: así hay casos en que el - comprador de buena fé podrá exigir que se le restituya el precio paga do: si el que reivindica es el propietario cuya cosa fué vendida por el tutor, siendo aquél impúber, sin el decreto del juez, habiendo empero- recibido el precio y habiéndolo empleado en su beneficio, C. 5, 71, - 16. Si el demandado adquirió la cosa del actor en circunstancia tales que de no haberlo hecho la misma se hubiera perdido definitivamente para el propietario; se considera que obró como gestor de negocios del dueño, debiendo probar esos hechos de excepción. Ello ocurre por e - jemplo si rescató la cosa de manos del enemigo pagando un precio por ello, D.49, 15, 6.

Puede todavía ocurrir que la acción reivindicatoria no sea e- jercitable contra un poseedor de buena fé, lo que sucede cuando se -

ha adquirido la cosa del Fisco, del emperador o de su mujer, con justo-título y buena fé. Hasta Antonino Pio era posible reivindicar cosas adquiridas a esas personas; el emperador nombrado dispuso que la acción-reivindicatoria contra el que había comprado una cosa del Fisco prescribiría a los 5 años. Leon y Zenon quitaron al propietario en tales casos la actio reivindicatoria contra el adquirente y le dieron en cambio una acción contra el Fisco de carácter indemnizatorio, siempre que se ejercitara dentro de los 4 años de la enajenación. Justiniano extendió la misma solución a las enajenaciones privadas que hicieran el emperador o la emperatriz.

Por el derecho germánico tampoco pudo reivindicarse del poseedor de buena fé la cosa en país dónde rigiera el principio de que "la-mano protege la mano" (Hand muss Hand wahren), ver Gluck op.cit. p. 185 y que significa que se debe seguir la fé de aquél a quién se ha tenido fé. De ahí que si el depositario, el mandatario, el comodatario enajenan la cosa a un tercero de buena fé, el propietario no puede ir con-la acción reivindicatoria contra el poseedor pues debe estar a la confianza que depositó en los enajenantes.

El demandado vencido debe restituir la cosa cum omni causa -(con toda causa). La restitución supone algo más que la entrega de la-cosa, pues comprende otros elementos, ya que debe partirse de la base-que ha debido hacerse la entrega al tiempo de la traba de la litis, de-manera que supone el cumplimiento de todas las prestaciones que resul-ten necesarias para colocar al vencedor en una situación equivalente. D.50, 16, 246; D.50, 16, 35; D.50, 16, 75; D.6, 1, 20. A esas prestaciones complementarias, producto de la interpretación de los prudentes se refiere el primer texto citado. Y como podía ocurrir que el poseedor durante el litigio usucapiera la cosa, pues por derecho de las Pandectas la demanda no interrumpía la prescripción, era necesario qué el demandado restituyera además la cosa como si no hubiera sido usucapida. Así por ejemplo si se reivindicaba un esclavo y el demandado adquiría su-propiedad por usucapión durante el litigio y luego el siervo era muerto injustamente por un tercero, conforme a la ley Aquilia sólo podía accionar el propietario y por consiguiente el demandado; este debía entonces

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO

ceder al actor, vencedor en el pleito, sus acciones contra dicho tercero y por culpa del demandado que lo había usucapido, el actor podía pedir que le cediera las acciones contra el tercero o bien que le pagara el valor del siervo como en el caso del poseedor que dejaba dolosamente de poseer. Pero elegida una vía no podía optar por la otra, D.-6, 1, 17, 71.

En D.50, 16, 17 se dice que se entiende que restituye el que hace que el actor tenga lo que tendría sino se le hubiera movido controversi, como por ejemplo las herencias o legados que ha recibido el esclavo que se reivindica con posterioridad a la traba de la litis o antes. De ahí, dice Gluck, op.cit.ps.188 y 189, que en la "causa rei", se comprendan las accesiones, los frutos, los daños que haya sufrido la cosa. Con respecto a estos últimos deberá indemnizar los deterioros sufridos por la cosa, así si es un esclavo deberá pagar el detrimento que hubiera sufrido, en cuyo caso el actor tendrá que renunciar al ejercicio de la acción de la ley Aquilia, o bien podrá optar por este remedio - D, 6, 1, 13, que será el único que tendrá si la cosa ha perecido sin - culpa del poseedor D, 6, 1, 27, 73. También por igual título podrá el actor exigir al demandado que le de la "caución de dolo" ya que si ha usucapido la cosa podría haberla gravado con derechos reales a favor de terceros, los que por haber sido constituídos por el poseedor devenido propietario son oponibles al actor. Igualmente si el demandado perdiera la posesión, aunque fuera absuelto, debía dar caución o prometer al actor restituírsela si volvía a su poder, así como asegurarle que por su hecho no había empeorado o perjudicado la situación del reivindicante con respecto a la cosa reclamada.

Si la cosa estaba como la tenía el actor, el demandado debe - restituirla sin poder retenerla so pretexto de existir a su favor sobre ella un derecho real como el usufructo, ni porque haya sido reivindicada contra él en otro pleito por otra persona; en este último caso deberá exigir al actor que le de caución de defenderlo en ese segundo litigio, de manera que aquél se presentará en el mismo en lugar del demandado, y se evitará así que el tercero tenga que volver a accionar con

tra el vencedor en el juicio dónde primero se dictó sentencia, D.6, 1, 57. También podrá exigir al actor que le de caución por la cautio damni infecti que haya prestado o deba prestar a un tercero en virtud de la casa que amenaza ruina, D, 6, 1, 19, pero no podrá retenerla sobre la base de ese hecho. El poseedor de buena fé en cambio tiene el derecho de retención de la cosa por los gastos que haya hecho en ella, D.6, 1, 48, Gluck, op.cit.ps.190 y 191. Si el demandado no obedece la orden judicial de restituir, se cumple la misma manu militare, por la fuerza, D. 6, 1, 68; aunque el actor podía optar por pedir la fijación de la estimación bajo juramento, en cuyo caso el demandado adquiría la propiedad de la cosa considerándose la estimación de la litis como una compra - venta D.6, 1, 46, D. 6, 2, 7, 71.

Podía ocurrir que al tiempo de la restitución la cosa no se hallara en el mismo estado en que se encontraba cuando la poseía el actor, fuera que se hubiera perdido, destruído o dañado. El poseedor de buena fé no es responsable por los daños y aún la pérdida de la cosa que haya ocurrido antes de la traba de la litis, aun cuando hubieran ocurrido por su dolo o culpa, pues creyéndose el propietario ha podido disponer y abusar de la cosa que suponía suya. No ocurre lo mismo luego de la litis contestatio, pues la demanda lo ha debido poner sobre aviso de que su derecho a la cosa estaba controvertido y si todavía se ha llegado al momento fundamental del proceso, demostrando así las partes la seriedad del litigio, con mayor razón ha debido el demandado considerarse que podía eventualmente resultar el administrador de una cosa ajena, si se diera el caso de que el reivindicante probara su propiedad sobre la misma. El principio está expresamente establecido para la petitio hereditatis D. 5, 3, 31, 73 pero se aplica a la acción reivindicatoria como lo prueba Ulpiano D. 5, 1, 45. En tal caso el poseedor de buena fé responde por el dolo y también por la culpa, D. 6, 1, 36, 71, Gaio, pero no por el caso fortuito pues es lógico que no tenga porque estar convencido del derecho que esgrime el actor al punto que debiera ceder sin más a su pretensión, D.6, 1, 21 Paulo.

El poseedor de mala fé se hallaba, en cambio, y como es lógico-

en una situación diferente y más grave;era responsable de los daños - que sufriera la cosa antes y después de la traba de la litis, acaecieran por su dolo o su culpa. Y ello era así ya que en ningún momento pudo obrar como propietario pues sabía en todo instante que no lo era.

También responde por el caso fortuito aunque se exima si la - cosa perece o se daña por hechos imprevistos o previstos pero inevitables provenientes de la naturaleza, salvo que el actor de haber conservado la posesión del objeto no hubiera experimentado el daño porque hubiera enajenado a título oneroso la cosa.D.6, 1, 15, 73. Si el esclavo o el animal reivindicado ha muerto sin culpa del poseedor de mala fé Sabino y Casio opinaron que no era responsable. Pero Ulpiano agregó la hipótesis de que el actor hubiera vendido la cosa de haber recibido la misma en tiempo, salvándose así del caso fortuito y lucrando el precio, y en tal supuesto señaló que el demandado debía indemnizar. Es indudable que no será suficiente que el actor diga que hubiera vendido o enajenado a título oneroso la cosa antes de que pudiera perecer, sino que se requerirá una prueba más concreta de que realmente iba a proceder en esa forma. Gluck, op.cit.p.197. De modo que el poseedor de mala fé se libera si prueba que igualmente la cosa hubiera perecido por caso fortuito natural de haberla restituído enseguida al actor, o de no haber perdido este nunca la posesión. Si no puede hacer esa prueba, si la cosa no hubiera perecido igualmente para el - propietario, deberá indemnizar su valor. Se comprende que si se trata de un esclavo o de un animal que mueren por una causa natural, una enfermedad o por vejez, el caso fortuito habría tenido igualmente lugar si se hubieran hallado en poder del actor. Pero puede ocurrir que murieran en virtud de una inundación, un terremoto, acontecimientos localizados al domicilio del poseedor y que no sucedieron en el del - actor por estar en otra zona o región. En el primer supuesto el poseedor de mala fé no indemniza, pero en el segundo sí. Lo mismo y como excepción al primer caso, si el reivindicante probara que de haber tenido la cosa en sus manos la hubiera enajenado y recibido en su lugar su valor, antes de que se produjera el caso fortuito, conforme a la sen

cia de Ulpiano, se consideró justo que el poseedor de mala fé lo indemnizara.

En cambio el poseedor de buena fé no responde por el caso fortuito aunque la traba de la litis lo equipare al de mala fé, y aunque el mismo haya tenido lugar con motivo de haber conservado la posesión de la cosa, o sea aunque si la hubiera devuelto al propietario no se hubiera perdido o dañado en poder de este, ya que no es posible poner trabas a su defensa pues de lo contrario se vería expuesto a ceder sin más al que se pretende propietario de la cosa. Siendo de buena fé y con justa causa, resulta razonable que sólo ceda ante la prueba indubitada del dominio que haga la otra parte.

Hay autores que con respecto al poseedor de mala fé establecen un distingo: antes de la traba de la litis se exime por todo caso fortuito natural, aunque se pruebe que de haber tenido la cosa el actor esta no hubiera perecido o no se hubiera dañado; luego de la litis contestatio en cambio siguen la teoría o el criterio ya expuesto: ver Voet y autores citados por Gluck, op.cit.p.201, nota 99, pero la solución es injusta pues como observa Gluck, op.cit, y loc, cit, se vendría así a considerar que la traba de la litis lo hace de mala fé, cuando por el solo hecho de esta se halla, como el ladrón y el usurpador, siempre en mora.

Puede ocurrir que la cosa haya sido enajenada por el poseedor. Si este es de buena fé y la enajenación tuvo lugar antes de la litis contestatio el actor no podrá siquiera exigirle que le entregue el precio o el valor recibido si la transmitió a título oneroso, pues tratándose de una acción particular como lo es la reivindicatio no tiene lugar la subrogación real que opera cuando se reclama una universalidad jurídica. Si la enajenó luego de la traba de la litis habrá que distinguir el caso de que la enajenación fuera o no necesaria. Si fué necesaria se libera restituyendo al actor lo que recibió; si no lo fué tendrá que pagar si el reivindicante lo exige el valor de la cosa con todos sus accesorios. Lo mismo ocurre con el poseedor de mala fé, que siempre, haya enajenado antes o después de la litis contestatio, debe indemnizar o bien entregar lo recibido, según se trate de una enajenación voluntaria o necesaria-

Cuando es el poseedor de buena fe que enajena la cosa antes de la traba de la litis no procederá contra él la acción reivindicatoria. Si ha sido el de mala fe, el actos podrá accionar contra él con con ac ción reivindicatoria útil y con la acción por el hecho que da el pretor cuando dolosamente se a enajena la cosa para empeorar la situación del demandante.

En el supuesto de que el tercero adquirente haya destruído o dañado la cosa con dolo o culpa, el actor podrá optar por exigir el valor o el precio al demandado , en los supuestos ya considerados, o bien deducir contra el tercero la acción de la ley Aquilia.

Si era un inmueble la entrega debía hacerse en el lugar de su emplazamiento; si eran cosas muebles se debían restituir en el lugar donde estuvieran si el poseedor era de buena fe, o en lugar que indicara el actor siempre que sufragara este los gastos de traslado. Se exceptuaban los alimentos "cibaria", tratándose de esclavos o de animales. Cuando el poseedor era de mala fe debía restituir la cosa o cosas en el domicilio del actor.

Cuando el poseedor es de mala fe cabe distinguir: si conserva la cosa en el lugar donde la recibió debe allí restituirla; si en cambió la transportó a otro sitio, debe restituirla al lugar de donde la sacó a su costo si así lo quiere el actor. Lo mismo vale para el poseedor de buena fe que cambiara el lugar de la cosa luego de la litis o contestatio.

El demandado condenado a restituir debe entregar la cosa con las accesiones, entendiéndose por estas no solamente los aumentos recibidos por la misma, que no puedan separarse de ella con comodidad sino también cosas que podían considerarse en cierta manera independientes como el parto de las esclavas y de los animales, D. 6, 1, 17y 1, las herencias y legados adquirirdos por el esclavo reivindicado mientras estuvo en posesión del demandado, D. 6, 1, 20, los acrecentamientos recibidos por el terreno en virtud del aluvión, D. 6, 1, 34, por la edificación, C. 3, 32, 2, por siembra y plantación, C. 3, 32, 11, no así las construcciones hechas en el suelo que carezcan de simientos y son por eso muebles, D. 41, 1, 60. Se incluyen en cambio-

las servidumbres adquiridas a favor del fundo revindicado, y las cosas adheridas al mismo de modo que tenga igual naturaleza, esto es que sean inmuebles.

También debe restituir el demandado los frutos pero desde el momento que ha poseído la cosa, de modo que si dicha posesión la adquirió durante el proceso y antes de la sentencia, deberá los mismos a partir del momento que tuvo dicha posesión. El actor a su vez solo puede reclamarlos en la medida que tuviera derecho a los mismos, de modo que si había constituído el usufructo a favor de un tercero, solo podrá exigir a aquellos desde el instante que se extinguió el ius utendi et fruendi y si tuvo la plena propiedad y legó el usufructo luego en su testamento, mientras se llevaba a cabo la acción reivindicatoria y murió, sus herederos, una vez adida la herencia del causante, no podrán por ese espacio y en lo sucesivo pretender del demandado los frutos que corresponderían al susufructuario: Gluck, op. cit. ps. 207 y ss.

Por fruto se entiende en principio todo lo que nace y renace sin alterarse la sustancia, conforme a destino. Con los frutos naturales pero se reconocen además los industriales, que son los que se obtienen por la cosa mediante el arte humano, y los civiles, o sea los beneficios que se pueden obtener del objeto en dinero, mediante locación, etc. De tal modo eldemandado debe restituir también estos es decir toda utilidad o provecho que haya obtenido o podido obtener de la cosa "Fruto dice Juliano D. 21, 2, 43, no indica un derecho sino un corpus pero a veces también señala un ius todo otro beneficio que pueda obtenerse de la cosa, que no sea fruto, se llama usus". Tampoco son frutos el tesoro, el parto de las esclavas. Sin embargo, a los efectos de la restitución que nos ocupa se considera fruto toda utilidad que pueda obtenerse de la cosa, mediante la cesión de su uso, etc.

Los frutos pueden igualmente ser frutos pendientes, o sea los que se hallan todavía en la cosa que los ha producido, o separados esdecir detraídos de aquellos por cualquiera acción, aún la puramente natural, o bien percibidos si han sido separados por acto voluntario del titular de los mismos,. Aunque esta clasificación se aplique en realidad a los frutos naturales o industriales, suele hacerse extensiva a los frutos civiles.

Igualmente los frutos pueden haber sido percibidos o dejado de percibir por negligencia del poseedor. Todas estas distinciones, conjuntamente con la categoría del poseedor de buena o de mala fe, tienen trascendente importancia para la materia que nos ocupa, pues como veremos, se emplean para la determinación de la restitución que debe hacer el demandado vencido en el juicio reivindictorio.

Una última clase es la de los frutos "extantes" o sea que existen al tiempo del ejercicio de la acción reivindicatoria y la de los frutos consumidos que pueden ser o consumidos naturalmente, o bien civilmente que es lo que ocurre cuando han sido enajenados a un tercero. Subsisten en este último caso pero no a los efectos de nuestra acción pues no pueden ser reivindicados contra el poseedor.

No hay duda que los frutos pendientes cuando se restituye la cosa, deben entregarse con esta sin distinguirse entre poseedor de buena o mala fe, pues, como dice Gaio, D. 6, 1, 44, son parte del fundo.

La cuestión se plantea con respecto a los separados y percibidos por el poseedor. Si este era de buena fe adquiere los percibidos o separados antes de la litis contestatio siempre y cuando los hubiera consumido; adquiere por la simple separación la propiedad pero esta es revocable si los mismos existieran cuando se produce la traba de la litis C.3, 32, 22; se exceptúa el caso en que los hubiera antes de ese momento adquirido por usucapión, D. 41, 3, 4 y 19. Algunos autores observan todavía que es necesario distinguir entre frutos meramente naturales y frutos industriales, debiendo el poseedor de buena fe restituir los primeros que existieran al tiempo de la traba de la litis pero no los segundos invocando para apoyar su opinión 1, 2, 1, y 35 que da como fundamento de la propiedad de los frutos industriales el trabajo y en igual sentido la opinión de Pomponio en D. 22, 1, 45. Pero Gluck, op. cit. p. 226 y ss. no admite este criterio, señalando que solo adquiere el poseedor de buena fe de manera irrevocable los frutos naturales a industriales y que haya consumido, fundándose para ello en las mismas Instituciones de Justiniano. También explica el caso de que trae Pomponio sobre la base de que trata de una especie singular, de una donación prohibida entre cónyuges Pareciera de todos modos que sobre los frutos percibidos los juristas ro-

manos fueron de diferente opinión, siguiendo unos como Paulo un criterio más equitativo y otros como Pomponio el criterio más estricto de los Proculeyanos. El mismo Pomponio negaba al poseedor de buena fe los frutos percibidos antes de la litis contestatio que fueran meramente naturales porque no habían sido producidos con su trabajo, D. 22, 1, 45, pero Paulo, D. 41, 1, 48 pr. D. 7, 4, 13 in fine, D. 41, 3, 4 y 19, D. 6, 1, 78, Juliano, D. 22, 1, 25, y Cassio , D. 22, 128, fueron de opinión contraria, ver Gluck, op. cit. p. 229: la única condición era que hubieran sido consumidos por el poseedor de buena fe al tiempo de la traba de la litis. Justiniano en In I, 2, 1 y 3 dice que no hay acción alguna para los frutos consumidos. No obstante existen discrepancias entre los autores: unos sostienen que la solución vale para los frutos industriales, no para los naturales; otros distinguen entre el poseedor de buena fe que posee la cosa a título lucrativo, del que lo hace a título oneroso; el primero solo tendría la propiedad de los frutos industriales consumidos antes de la litis contestatio, la de los frutos naturales; el segundo en cambio adquiriría el dominio irrevocable por consumación de ambos. Otros todavía aducen que el poseedor de buena fe debe restituir los frutos consumidos antes de la traba de la litis si al tiempo de ese acontecimiento se encuentra enriquecido, como si por ejemplo los enajenó y conserva su precio, ver Gluck, op. cit. ps. 230 y 231. Hay quienes se sirven de la distinción de si el poseedor de buena fe adquirió a título lucrativo u oneroso la cosa para determinar que con respecto a los frutos consumidos antes de la litis contestatio, c debe restituir en la medida de su enrique cimiento en el primer caso, y en el segundo no.- Gluck , op. cit. p. 231 se manifiesta contrario a esas opiniones: el poseedor de buena fe, sin distingos, adquiere los frutos que hubiera consumido antes de la litis contestatio, lo mismo que los que hubiera usucapido. Y es natural y justo que así ocurra pues el que se cree de buena fe propietario puede hacer con los frutos lo que le venga en gana y si ha dispuesto de ellos los lucra como señala Paulo D. 10, 1, 4 y puede enajenarlos y no responde ante el propietario, vencedor en el juicio reivindicatorio.

Luego de la traba de la litis, en cambio, el poseedor de buena fe

responde por los frutos percibidos y por aquellos que por negligencia o culpa ha dejado de percibir, o los que ha perdido por su culpa o consumido, pues se lo considera eventualmente un administrador de la cosa ajena, D. 10, 1, 4 y 2, I. 4, 17 y 2, C. 3, 32, 22.

Por el contrario el poseedor de mala fe debe restituir todos los frutos que haya percibido, aún con su propio trabajo, desde que entró en posesión de la cosa hasta el momento en que deba restituirla. Aunque la cosa se perdiera deberá pagar la utilidad que pudo obtenerse de la misma hasta la sentencia. C.3, 32, 22, D. 6, 1, 17 y 1, D. 6, 1, 33 C. 3, 32, 5. No se tiene en cuenta si los frutos existen o han sido consumidos, o bien que los haya perdido o dejado derpercibir. La consumación se tiene por un acto ilícito, un daño contrario a la ley Aquilia, I. 2, 1, y 35. Antes de Justiniano y por la ley de las XII Tablas y C. Th. 4, 18, 1, el poseedor debía restituir el duplo del valor de los frutos consumidos, pero Justiniano no aceptó tal rigor C. 7, 52. Si el poseedor de mala fe ha vendido los frutos no debe los intereses sobre los mismos, D. 22, 1, 15, Papiniano.

Luego de la litis contestatio todavía se distingue la situación del poseedor de buena fe de la del de mala fe, pues el primero no responde por los frutos que pudieron ser percibidos por el actor de la cosa pierecida por caso fortuito, aunque no se hubiera extinguido de estar en poder del reivindicante, ni por aquellos que la cosa no hubiera podido producir. Ni tampoco por los frutos que se perdieran por caso fortuito aunque este se debiera a la circunstancia de seguir la cosa en su poder. En cambio en todos esos supuestos es responsable el poseedor de mala fe, este igualmente responde por los frutos que hubiera podido obtener el actor aunque él utilizando la diligencia empleada en sus cosas no hubiera logrado percibirlos. No responde en cambio por los intereses no devengados por el dinero, en virtud de que ha corrido el riesgo del capital mientras lo tuvo en su poder.

El poseedor de buena fe no tiene que dar cuenta de los frutos que por negligencia dejó de percibir antes de la litis contestatio; luego de la traba de la litis, todavía su situación es mejor que la del poseedor de mala fe, pues solo es responsable de los que no hubiera podi-

do lograr el propietario con una mayor diligencia propia de el. -

Los frutos anteriores a la litis contestatio los pide el actor en su demanda; los posteriores los acuerda el juez de oficio.

El actor debe soportar los gastos realizados por el poseedor, sea de buena o mala fe, para obtener los frutos que debe restituirle o cuya estimación debe pagar. Igualmente el demandado tiene derecho a retener la cosa hasta que le indemnicen las impensas necesarias que hizo en la cosa, sea de buena o de mala fe, excepto el ladrón. Las impensas útiles justifican la retención de la cosa por el poseedor de buena fe. El de mala fe no tiene igual derecho, solo conserva la facultad de retirarlas siempre que no dañe al bien, a menos que el propietario quiera retenerlas para sí.

El poseedor de buena fe tiene derecho a que le paguen las mejoras útiles en la medida que aumentan el valor de la cosa o en la del gasto realizado si este es menor que aquel, siempre que dichas mejoras no sean tan onerosas que el propietario se viera en la imposibilidad de sufragarlas, excepto en este caso que se propusiera enajenar la cosa. Si son tan onerosas el poseedor de buena fe solo tendrá derecho a retirar las a condición de no causar daño a la misma.

Las impensas voluptuarias solo dan derecho al demandado a quitarlas siempre que no dañe la cosa, a menos que el propietario quiera quedarse con ellas pagando su valor.

Por las impensas el poseedor nunca tiene acción; solo puede retener la cosa oponiendo una excepción de dolo.

El poseedor de buena o de mala fe no pueden repetir el precio pagado por la cosa que se reivindica del propietario a no ser en estos casos de excepción: si con ese precio se rescataron predios del pupilo injustamente enajenados, o se redimió la cosa caída en poder del enemigo, etc.

En caso de que el demandado en juicio por la acción reivindicatoria, fuera a su vez objeto de igual acción, por la misma cosa, por un tercero, no deberá ser compelido a entregarla al primero mientras este

no le de caución de defenderlo de las resultas del otro pleito.

Mediante la acción negatoria el propietario puede desbaratar las pretensiones de los terceros que quieran ejercer sobre su cosa alguna servidumbre a la que no tengan derecho alguno, y mediante ella no solo conseguirá que no se perturbe su relación con la cosa, sino que se restituya, si algo se ha hecho, al estado anterior al comienzo de los actos perturbatorios y se le paguen las indemnizaciones pertinentes. Corresponde el onus probandi, o sea la carga de la prueba no al actor sino al demandado que pretende que tiene la servidumbre sobre el bien.

Complementando la tutela de la propiedad estudiamos finalmente la acción Publicina in rem creada por el pretor con la finalidad de proteger primero al que había adquirido una res mancipi por un modo del derecho de gentes, de modo que no devenía propietario quiritario, y luego al que habiendo adquirido la cosa de quien no era su dueño, en virtud del justo título y de la buena fe, estaba en condiciones de adquirir la propiedad por medio de la praescriptio longi temporis.

En efecto, si un ciudadano romano transmitía por la traditio y la justa causa a otro ciudadano una res mancipi no convertía a este en propietario quiritario. Seguía aquel detentando el dominio del derecho civil. Cierto que el adquirente podía usucapir la cosa pero mientras no ocurriera ello carecía de defensas. Para remediar su situación, en primer lugar el pretor frente a la hipotética acción reivindicatoria que podía ejercitar el transmitente que continuaba siendo el propietario, le acordó al adquirente la excepción de dolo sobre la base del principio de que comete dolo el que pide lo que a su vez está obligado a restituir Supóngase que Sempronio, propietario del esclavo Stico, lo vende a Seyo a quien le hace tradición del siervo y que luego lo reivindicara. Si triunfara con la actio reivindicatoria, Seyo luego podría ejercitar la actio ex empto para que el vendedor cumpliera su obligación de entregarle la posesión de la cosa comprada.

Podía ocurrir que en tal caso el enajenante que conservaba la propiedad quiritaria de la cosa transmitiera el dominio a un tercero y que fuera este el que ejercitara la acción reivindicatoria contra el

primer adquirente. En tal supuesto no podía ya rechazarse la acción con la excepción de dolo si el tercero era de buena fé, de ahí que el magistrado concedió otra excepción, la de rei venditae et traditae, que aplicada primero a la compraventa se extendió luego a otros títulos conservando empero su nombre de origen.

Quedaba sin embargo sin tutelar el caso de que el adquirente en lugar de verse molestado con la acción reivindicatoria se viera privado de la posesión. No habiendo completado la usucapión y, en momentos que no se conocía la fórmula petitoria, o sea cuando no se acordaba la acción reivindicatoria para proteger el dominio del derecho de gentes, carecería fuera de los interdictos, cuya tutela no era completa, de recurso alguno. Fué entonces que se creó la fórmula Publiciana in rem, acción ficticia, pues el magistrado finge en la fórmula que se ha cumplido el plazo de la usucapión, y con ella se garantizó la posesión que tenía el que no era propietario para el derecho civil.

Cuando se reconoció a la propiedad del derecho de gentes se mantuvo la fórmula Publicina pero con otros alcances, pues sirvió entonces para proteger al que había adquirido de buena fé y con justo título una cosa de quién no era su propietario. Y se extendió igualmente para proteger situaciones similares concernientes a los iura in re, servidumbres reales y personales, prendas e hipotecas constituídas por quién no era el dueño de la cosa a favor de terceros de buena fé.

Para que la acción Publicina in rem proceda se requiere: que se haya adquirido la posesión de la cosa por tradición o de otra manera que posibilite empero la usucapión, que el poseedor pueda adquirir la propiedad por usucapio o praescriptio longi temporis, aunque por excepción se puede ejercitar la acción Publiciana en el caso de que no se pueda usucapir la cosa en virtud de disposiciones legales establecidas a favor del dueño, como ocurre cuando el comprador no pagó todavía el precio de la cosa, o si la adquirió a un impúber sin la auctoritas del tutor, o a un furioso. Debe ser además un poseedor de buena fé.

La acción publiciana no puede ejercitarse sino contra quién-

carezca de derecho o tenga un derecho inferior frente al titular de la misma. Pero puede deducirse contra el propietario de la cosa si contra este podría prosperar la excepción de dolo o de cosa vendida y entregada, o si este defirió en juicio el juramento de poseedor y este juró afirmando que la cosa era suya, o si entre ambos medió pleito con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o si el dueño recibió la estimación del valor de la cosa o hizo de ella abandono noxal.

Frente a otro adquirente de la misma cosa se distingue: si ambos la han adquirido del mismo autor, triunfa el que obtuvo primero la tradición de la cosa; si la adquirieron de diferentes personas, prevalece el que tiene la posesión actual.

310o.) El condominio.- Hemos visto ya que la propiedad sólo puede recaer sobre una cosa corporal y sólo es posible por el carácter de exclusividad que la misma reviste en el Derecho Romano que al mismo tiempo sólo una persona puede detentar el dominio de un objeto. La posibilidad de que dos o más sujetos sean propietarios de la cosa se verifica a través de una nueva figura jurídica, el condominio, en el que los titulares sólo tienen derecho a una cuota parte ideal sobre la cosa, de modo que el contenido de su derecho consiste en una cosa incorporal, y es, por consiguiente, diferente a la propiedad.

Lo singular de esta institución es que los sujetos, cada uno de por sí, frente a terceros que desconocieran el derecho que les corresponde, son considerados como propietarios, por lo que en tales supuestos el condominio se resuelve en el derecho de propiedad. Ahora bien, en las relaciones entre sí los condominos tienen derecho a una eventual adjudicación definitiva de la cosa a uno de ellos, o a que se termine la situación, mediante la división en especie o en dinero a través del ejercicio de la acción de división de la cosa común. Se trata en consecuencia de una situación transitoria; hay una cosa sobre la que existen dos o más eventuales propietarios que concurren mutuamente para excluirse entre sí del dominio con respecto al objeto.

La figura más antigua fué el Consortium, constituído sobre el patrimonio familiar por los hijos de familia devenidos sui iuris a la

muerte del pater;en tal caso se dejaba indiviso el conjunto de bienes- que en principio eran inalineables, ya que se procuraba mantener la - cohesión y unidad de la familia, con la particularidad de que cada titular podía disponer materialmente de las cosas siempre y cuando otro de ellos no se lo prohibiera. Desde luego que el consortium es un remoto antecedente del condominio del cuál se diferenciaba:1o) porque aquél recaía sobre una universalidad de derecho y este sólo sobre cosas singulares, simples, o compuestas, y 2o) porque en el consorcio familiar los titulares tenían el derecho a disponer de las cosas en su totalidad- a menos que otro consorte no lo prohibiera, mientras en el condominio prevalece el criterio de la parcialidad:sólo puede disponer el condómino de su parte indivisa:ver Pascual Voci, Instituciones de Derecho - Romano, Milan 1949, en italiano, p.202 y ss.

Constituyendo el condominio una modificación paulatina del- primitivo consorcio hereditario se explica que en los primeros tiempos participara, cuando no se había delineado bien su figura, de los caracteres y atributos del primero;de ahí que cualquier condómino pudiera disponer por sí solo de toda la cosa mancipando a manumitiendo al esclavo común, por ejemplo, siempre que ninguno de los otros socios se- lo prohibiera;ver Monier, Manual Elemental de Derecho Romano, 1947 t.1, en francés, p.370;sin embargo a partir del último siglo de la República se limitó tal derecho, reconociéndose a cada copropietario sólo- un derecho parciario sobre el objeto:D.13, 6, 5, D. 40, 17, 19, 3 ; D. 50, 16, 25, 1, citados por Monier.

Se distinguió así en forma clara y definida el derecho de cada condómino que se consideró como derecho de cuota, sobre una parte - ideal de la cosa, y con respecto al mismo que era una cosa incorporal diferente a la propiedad o condominio, se admitió oque pudiera el titular realizar los actos jurídicos de disposición que considerara conveniente. En cambio en lo que concernía al objeto en sí ya no ofué posible que uno de los condóminos dispusiera por vía de negocio jurídico- del mismo sin el consentimiento de los demás. D. 10, 3, 28. De ahí - que el condómino sólo pueda ceder, donar, dar en prenda su cuota, pero

no la cosa en sí sin la autorización o consentimiento de los otros, Así- no podría manumitir al esclavo común confiriéndole la libertad;a lo - sumo ello significaría que renunciaba con respecto al siervo al condominio, acreciendo su parte a los demás. Justiniano por favor a la libertad empero dispuso como excepción que el esclavo adquiriera la libertad, pudiendo el condómino que quería conferírsela constreñir a los restantes a venderle sus partes, l. 2, 7, 4, C. 7, 7, 1.

El principio de que el condómino no puede enajenar la cosa - sin el consentimiento de los otros condóminos sufre dos excepciones, una de ellas cuando uno de los copropietarios es el Fisco que puede vender la cosa y el otro titular sólo tiene derecho a exigir que se le entregue la parte de dinero correspondiente a su cuota, y la otra excepción es cuando se adquirió la cosa en común para lucrar con su enajenación causa promercalis.

Cada condómino tiene derecho a usar la cosa y a percibir susfrutos en la medida de su parte alicuota y siempre que no perjudique o lesione con ello el derecho igual de los restantes copropietarios. Cualquier cosa que hiciera contraria a esos derechos origina a favor de los demás una acción para que vuelva el objeto a su estado anterior y no solamente para que indemnice los daños y perjuicios ocasionados. Si - las modificaciones materiales sufridas por la cosa las ha hecho un tercero a vista y paciencia de uno de los condóminos, este no podrá ser compelido a volver la cosa al estado anterior pero sí a indemnizar por la - actio communi dividundo.

El condominio puede originarse inmediante un acto de voluntad de dos o más personas:compra de una cosa en común, sociedad, o bien - por un hecho independiente de la voluntad, como la herencia o el legado.

Cada copropietario puede hacer los gastos para las mejoras necesarias y tiene derecho a exigir el reembolso de la parte correspondiente a los demás. Si los copropietarios le quisieran impedir de hecho que llevara a cabo las mejoras podría emplear contra ellos el interdicto uti possidetis, Monier, op.cit.p.371. Marco Aurelio dispuso que el copropie

tario que no reembolsara su parte en los gastos dentro de los 4 meses, - perdiera su derecho a favor del que los había realizado.

La acción que tienen los condóminos para terminar el estado - de indivisión y exigir el cumplimiento de las prestaciones personales - derivadas de la comunidad se llama actio communi dividundo que es u na acción divisoria. Se ha sostenido que en la época clásica los propie tarios no tenían acción para exigirse las prestaciones derivadas del co domino. Ein, citado por Monier, señala que había por razón del condo- minio una sociedad contraída "re" por el hecho y no por el contrato, - de manera que los condóminos podían reclamarse las referidas presta - ciones mediante la actio pro socio hasta que Justiniano la substituyó - por la acción de división de la cosa común.

La vinculación de esta acción con la de sociedad es puesta de relieve también por el anotador de Gluck, Lib.10, tit.3, edic. italiana nota p.p.153, así como con la actio familiae herscincundae, de división de la herencia. La razón por la cuál se habría creado la actio commu- ni dividundo estaría dada porque por la pro socio no podía reclamarse- la división. La conclusión no satisface pues cabe la pregunta de por - qué, de haber sido así, no se habría extendido la actio pro socio tam - bién a la división? En realidad la actio pro socio sólo existiría cuando los condóminos mantenían la indivisión voluntariamente entrando en u na especie de sociedad.

La actio communi dividundo era una acción mixta porque cada uno de los copropietarios asumía a la vez el rol de actor y demandado, ya que podía resultar condenado a pagar las prestaciones que provinie ran del condominio, así como titular de la condena a su favor de los - otros condóminos por los créditos que tuviera en su haber. Contenía a demás la cláusula llamada "adjudicatio" que facultaba al juez a adju dicar el dominio.

La acción supone que entre las partes o copropietarios no se - discute la existencia del derecho de cuota que cada uno tiene, de mo- do que no se trata de un litigio contencioso, sino de dar intervención - al Estado para que proceda a eliminar la indivisión y a que se cumplan

las prestaciones personales derivadas de la misma. Se trata entonces de un acto de jurisdicción voluntaria, y no contenciosa, ver nota c) ps.154 y ss. de la obra de Gluck, Lib.10, tit.3 Windscheid, Pandette, II, 7449, n 16: el juez supliría a las partes como árbitro para llegar al acuerdo de regulación de la división y del arreglo de las cuentas del condominio- Karlowa se manifiesta contraria a esta teoría en el Derecho Romano, - partiendo de la base de que las partes por acuerdo no podían hacer cesar la indivisión; la división no era un acto jurídico, sino causa de distintos actos que podían realizar las partes para llegar a cumplirla. Antes de que se admitiera que podía con la praescriptiis verbis exigirse el cumplimiento de un acuerdo o convenio de división, en el que una o varias de las partes, lo habían cumplido en lo que a ellos concernía, no era posible dividir por convenio; las partes debían realizar los actos jurídicos necesarios para que ello tuviera lugar. Y ello ocurría mediante el juicio de división que para Karlowa tenía naturaleza contenciosa, no admitiendo que el juez supliera a las partes para llegar a disolverse la comunidad.

En lo que concierne a la resconstrucción de la fórmula existen también controversias. Lenel enseña que la misma no contenía la designación del objeto sobre el cuál debía recaer la división, aunque si constaba de "demostratio", dónde se hacía mención de las prestaciones que eventualmente debieron cumplir los condóminos, ver nota a), obra de - Gluck, Lib.X, 3, ps.151 y ss. Karlowa niega que la fórmula contuviera - demostratio pues sostiene que no era necesario indicar el origen o la - causa del condominio. Tenía la intentio, en la que figuraban las prestaciones personales.

Otro arduo problema radica en determinar si la actio communi dividundo era in rem, o in personam o in rem scriptam. Los que sostienen que era in rem se fundan en que la misma nace de la copropiedad que- es un derecho real; los que en cambio consideran que era in personam o in rem scriptam, aducen que deriva de las obligaciones de cada condómino para con los demás. Sin embargo cabe señalar que es in rem en - cuanto persigue la eventual adjudicación de la cosa, e in personam en-

la medida que con ella se procura obtener el pago de prestaciones personales.

Para que la misma proceda es necesario que no se discuta al que la deduce en juicio el carácter de copropietario; si le fuera negado y no tuviera la posesión de la cosa, sería necesario que antes ejercitara una acción reivindicatoria pro parte, y vencedor en la misma podría deducir la communi dividundo, o bien acumular aquélla con esta. Si era poseedor y la otra parte se atribuía la propiedad exclusiva, era menester mediante incidente resolver en el juicio esa cuestión. Sólo puede recaer esta acción sobre una cosa, simple o compuesta, no sobre una universalidad de derecho. Los herederos que quieran dividir cosas aparecidas luego del ejercicio de la actio familae ersciscundae sólo puede recurrir a la actio communi dividundo ya que aquélla sólo puede ejercitarse una sola vez.

La acción tiene por finalidad la división de la cosa común y eventualmente el pago de prestaciones personales, y tiene lugar cualquiera sea el origen de la división, un contrato como la sociedad, la compra venta, o bien algo independiente de la voluntad de los copropietarios, la confusión, el legado, etc. Se exige que los mismos tengan un derecho real sobre la cosa, fundado en justo título, aunque este sea diferente para cada uno de ellos, se trate de un derecho de condominio, o de usufructo, o de prenda, o bien de varios acreedores a quienes el magistrado dió en común la missio in possessionem sobre un bien del deudor.

Si este ha dado a su acreedor en prenda una cosa sobre la que existe un condominio con otra persona, el acreedor prendario no puede pedir la división, pero en cambio puede hacerlo el copropietario del deudor y si en tal supuesto, y en virtud de que no pudiera dividirse naturalmente la cosa, fué adjudicada en el juicio de la división al acreedor prendario como mejor oferente, el deudor no podrá impedirle que la adquiera y luego sólo podrá obtener se le restituya la cosa no sólo pagando la deuda sino también adquiriendo la parte del otro cóndomino, Ulpiano D.10, 3, 7, 713. Se considera que el acreedor prendario fué un mandatario del deudor en el juicio de división provocado por -

el otro copropietario. De manera que cuando el condómino da en prenda la parte de su cuota se supone que confiere al acreedor la facultades necesarias para la defensa del derecho y entre otras la de intervenir en el proceso divisorio, de modo que no es necesario que interpuesta la demanda por el condomino, el acreedor la notifique a su deudor para que este tome participación en el litigio.

Para el ejercicio de la communi dividundo se requiere que haya dos o más personas titulares del condominio o copropiedad sobre la cosa. Si son titulares de derechos reales sobre cosa ajena como ocurriría cuando dos o más personas tienen la enfiteusis de un mismo predio, podrán pedir la división por un juicio divisorio útil, no directo. Lo mismo ocurriría si hubiera pluralidad de superficiarios con respecto al mismo edificio, o se tratara de dos o más poseedores de buena fé de la misma cosa.

Los que en cambio tengan sobre la cosa un derecho de crédito como en los supuestos de que varios hayan alquilado la misma cosa, o la tengan en comodato, no podrán ejercitar la actio communi dividundo.

Si a favor de un fundo existe una servidumbre predical los condóminos no pueden dividirla independientemente de la división del fundo, sólo podrán hacer la división separada del modo y ejercicio de la misma, D.10, 3, 19, 74: texto muy controvertido, ver nota e) ps. 159 en Gluck, lib.X.tit.3.

La división puede ser solicitada por cualquier condómino aunque los demás se opongan; lo más que estos pueden hacer es desinteresar al que no quiere seguir en la comunidad, pudiendo continuar ellos en la misma, D.10, 3, 8.

Si los condóminos han pactado que han de mantenerse siempre en la indivisión, aún después de la muerte, pasando la misma a sus herederos, el pacto no es valido aunque hubiera sido confirmado con juramento: D.17, 2, 70. Si en cambio han convenido mantener la indivisión por vida o por un tiempo determinado, la convención es obligatoria para los condóminos que no pueden separarse de la misma sin justo

motivo:D. 17, 2, 1, pr. D. 17, 2. 14; D. 17, 2, 15, 16, 71, 17, pr.D. 10, 3, 14, 77, 2 y 3.

Para la división hay que tener presentes estas reglas:cada condómino tiene derecho a la parte que le corresponda en proporción a su cuota;si la misma no está establecida, la división se hace considerando- que cada copropietario tiene una parte igual. Cuando se trata de una cosa corporal, si es factible la división material de la misma y resulta conveniente, el juez procederá a dividirla entre los condóminos:C. 3, 37, 1. Si la división no es posible o conveniente, se licitará primero entre los condóminos, adjudicándose la propiedad al que haga la mejor oferta;si todas o dos o más ofertas son iguales y no se mejoran, se adjudicará al que de estos tenga la mayor cuota sobre la cosa, C. 8, 53, 54, 72. En ambos supuestos el condómino que resulte adjudicatario deberá pagar a los otros la parte del precio que les corresponda C.3, 37, 1.

Si la cosa no puede adjudicarse por licitación a uno de los condóminos se vende en subasta pública C.3, 37, 3, a no ser que los copropietarios se opongan, en cuyo caso el juez deberá dividir entre ellos los derechos sobre la cosa adjudicando, por ejemplo, a uno la nuda propiedad, a otro el usufructo, D. 10, 3, 6, 710.

El juez debe siempre seguir el criterio que sea más conveniente a todos los condóminos, o el que todos acepten, D.10, 3, 21.

Si hay varias cosas en común se pueden adjudicar a los condóminos, de manera que el que reciba algo por sobre el valor de su cuota pague a los demás la diferencia, y el que obtenga un objeto de menor valor reciba una compensación en dinero de los restantes copropietarios.

Si el condominio recae sobre una cosa incorporal como el usufructo o la prenda, entonces se procede así: tratándose de un usufructo constituído a favor de varias personas sobre una misma cosa, se verá primero si puede dividirse en partes la misma de modo de adjudicar a cada condómino el usufructo sobre una de ellas;si eso no fuera factible puede darse el objeto en locación, dividiéndose el precio del alquiler entre los titulares del usufructo, o bien asignándose el usufructo de to-

da la cosa a cada uno por períodos de tiempo: un año si la cosa es un fundo.

Cuando lo que es común en el "usus", como este es indivisible el juez no podrá hacer otra cosa que asignarlo a uno y condenar al beneficiario a pagar a los demás una compensación en dinero 10, 3, 10, 71, Paulo.

En el caso de que varios tengan la prenda sobre partes ideales de una misma cosa, se hará la división material de ella, si esto es posible, adjudicando a cada uno de los acreedores la parte que corresponda al monto del crédito. Si el objeto fuera indivisible se adjudicará toda la cosa a uno, quién deberá pagar los créditos establecidos a favor de los demás.

Si la prenda de partes ideales versa sobre un crédito, indudablemente que no tiene lugar la acción de división; bastará que los acreedores prendarios accionen con la actio de mandato, de gestión de negocios o pro socio, según los casos, contra el que cobró toda la suma al deudor, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber a este por haber efectuado ese pago en detrimneto de los demás acreedores.

Con la actio communi dividundo se persiguen igualmente el cumplimiento de prestaciones personales. Así el condómino que haya percibido frutos de la cosa común, luego de comenzado el condominio u otras ventajas o beneficios, debe participarlos a los restantes copropietarios, teniendo derecho a deducir los gastos y daños que hubiera experimentado, siempre y cuando haya obrando gestionando el interés común y no el propio, porque en este último caso los perjuicios que haya experimentado será a su cargo y deberá sin embargo comunicar a los demás los beneficios.

Cada condómino es responsable asimismo de los daños que haya ocasionado a los demás durante el condominio y con motivo de la administración de la cosa común: responde de los ocasionados por sus actos positivos siempre que le fueran imputables, o sea que hubiera dolo o culpa, y aún de los producidos por su negligencia u omisiones. -

Por sus actos positivos responde en virtud de toda culpa; en cambio por sus actos negativos responde siempre y cuando no hubiera empleado la diligencia utilizad en la administración de sus propios negocios.

El copropietario puede a su vez exigir que se le indemnicen las mejoras necesarias y útiles que hizo en la cosa común pero se distinguen varias hipótesis. Si el condómino hizo los gastos a pedido o con el consentimiento de los otros copropietarios podrá demandarlos con la actio pro socio, o de mandato. Si los hizo por su cuenta pero en interés de la cosa común, aunque incurriera en error el nombre de las personas de los otros condóminos, podrá reclamar por la acción de división los gastos hechos por las mejoras necesarias y útiles. Si pudo hacer tales gastos limitándolos a la parte concerniente a su interés, y los extendió a los del otro copropietario sin que fuera necesario para salvaguardar sus derechos no tendrá contra aquél la actio communi dividundo sino la de gestión de negocios para reclamarle la concurrencia en la parte de los gastos que lo hayan beneficiado. Si en cambio no podía gestionar su interés sin hacerlo igualmente con el del otro copropietario podrá exigirle el reembolso por medio de la actio communi dividundo.

La actio communi dividundo puede ejercitarse también en forma útil para obtener el resarcimiento de los gastos que hubiera hecho uno de los condóminos, lo que tiene lugar cuando se ejerce una vez cesada la comunidad, por ejemplo, porque se ha extinguido la cosa sobre la que recaía, o cuando el copropietario hizo los gastos creyendo falsamente que la cosa era común entre él y una persona distinta a la que en realidad era copropietario.

En cambio si el que hizo los gastos o mejoras creyó erróneamente que toda la cosa era suya, no podrá reclamarlos por la actio communi dividundo, sea que mantenga su derecho de cuota sobre la misma o que lo haya vendido. En el primer caso sólo tendrá un derecho de retención sobre la cosa, y en el segundo lo tendrá el comprador. Los prácticos acordaron luego en ambos casos al condómino que hizo los gastos en tal errónea creencia de que la cosa era suya o al comprador de su parte la acción de gestión de negocios.

El texto que establece la antedicha solución es de Paulo y figura en D. 10, 3, 14, 71 y ha originado disputas enconadas por cuanto conforme al mismo se da la posibilidad de que se pueda accionar con la actio communi dividundo utilis para obtener del condómino la parte de los gastos que hizo el otro en la creencia de que toda la cosa era suya, aún durante la subsistencia del condominio. La dificultad es que la actio communi dividundo útil sólo se concede una vez que se haya extinguido la comunidad, y que al final del texto se la substituya por la acción de gestión de negocios. Para resolver el primer problema se propone leer el texto en el sentido que subsistente la comúnión no se dará el juicio útil. En cuanto a la acción de gestión de negocios que figura al final, mientras algunos como Cuiacio, consideran que es una corrupción introducida por un copista, Fabro en cambio sostiene que era la que correspondía una vez que se hubiera disuelto el condominio. Paulo en D. 10, 3, 29, claramente excluye que al que hace gastos en una cosa común que cree propia, pueda accionar con la actio communi dividundo o por medio de otra acción.

Fabro distingue en el texto D. 10, 3, 14, 71 dos casos: el primero que corresponde a la primera parte, se refiere al que hace gastos en una cosa común que cree totalmente propia: sólo tiene el derecho de retención; y el segundo que pertenece a la última parte del texto es cuando el que hace las mejoras incurre en error pero en cuanto a la persona del otro condómino: sabe que tiene la cosa en copropiedad con otro, pero yerra en cuanto a la indentidad del copropietario. Por eso dice que durante la comunión en este segundo caso tendrá la actio communi dividundo utilis y terminada la indivisión la de gestión de negocios en forma útil.

El fragmento citado fué alterado por los compiladores de Justiniano que dieron en todos los supuestos al que había hecho los gastos o mejoras la actio communi dividundo para repetirlas del condómino beneficiado.

Adjudicada la propiedad de la cosa común a uno de los condóminos este deviene el único propietario y los otros deben darle caución

por la evicción que pueda experimentar. Si en el interin, mientras se lleva a cabo el juicio de división, un tercero reivindicara la cosa común o pretendiera derechos reales sobre ella, el pleito se hará con participación o a expensas de todos los condóminos.

Se plantea el interesante problema si la división o la adjudicación que se haga a uno de los condóminos o a un tercero es declarativa o atributiva. Si se sostiene lo primero resultará que el adjudicatario será un sucesor del anterior propietario pero no de los condóminos, a los que se reputará que nunca han tenido la propiedad de la cosa. Si ocurriera lo segundo en cambio, habrá que considerar que el nuevo propietario sucede a los copropietarios, quiénes serán con respecto a él sus antecesores, y de quiénes se reputará sucesor.

La tesis de que la adjudicación es declarativa se originó en el antiguo derecho francés y tuvo por finalidad evitar que los condóminos y herederos tuvieran que pagar derechos fiscales concernientes a la transmisión de las cosas, así como el laudemio tratándose de la enfiteusis. El principio elaborado por la práctica y recogido por Dumoulin y Domat pasó al Code Civil y luego al derecho italiano; en Alemania en cambio no ejerció igual influencia: ver nota, ps. 192 y ss. a Gluck, Lib. X, tit.3. La mayoría de los juristas alemanes lo repudió considerando que el carácter declarativo de la adjudicación no correspondía a la verdadera naturaleza del acto.

Dos son las ideas fundamentales y opuestas que cabe considerar para la resolución que se de, en uno u otro sentido, a este problema. Por un lado se sostiene que la división se produce o por venta o por permuta. Si uno de los condóminos recibe la cosa y el otro el valor de su parte se dice que este ha vendido a aquél su porción. Si la cosa se divide materialmente entre ambos, se sostiene que hubo permuta.

La otra idea es que en realidad cada condómino es dueño de toda la cosa si de hecho no lo son es por el concurso que se hacen mutuamente. Producida la división desaparece tal concurrencia y se retorna de hecho al principio que siempre estuvo en vigencia.

La primera idea sirve de base para considerar que la adjudicación es translativa, mientras que la segunda constituye el fundamento de la teoría que sostiene que es declarativa.

El problema, como señala el anotador de Gluck, en definitiva se remite a la naturaleza misma de la copropiedad. Dicho anotador señala que la división substituye una propiedad a un estado de no propiedad. Los romanos habrían configurado la copropiedad como una hipótesis para explicarse de esa manera una situación que no podía conciliarse con el dominio en virtud de la exclusividad que el mismo tenía. Ya dentro de esa línea supusieron que los condóminos en la división vendían y hasta hacían tradición de sus partes, sin perjuicio de que ello en realidad no podía tener lugar sino a los efectos de poder llegarse a la determinación del propietario. Sin duda que esta teoría no determina el carácter de la división, pero condice con la naturaleza transitoria de la copropiedad y con la idea de que la misma constituye un caso de dominio sin sujeto determinado aunque susceptible de determinarse. En punto a la propiedad el sujeto sólo puede ser uno y tanto da que no haya ninguno como que haya dos o más. La diferencia está que en el primer caso la cosa será de nadie, y en el segundo se organiza todo un complejo mecanismo que tiene por finalidad llegar a la determinación del sujeto de la titularidad del dominio sobre la cosa.

Al seguirse todavía por este camino se podrá llegar a la conclusión de que en definitiva el condominio no es un derecho real, sino como dice el anotador de Gluck, una situación de no propiedad, en que la cosa empero se halla defendida frente a terceros y aún entre los mismos condóminos, como si en realidad existiera la propiedad. Vendría así a constituir el condominio una solución de continuidad entre la propiedad del propietario anterior y del propietario posterior a la adjudicación. Se trata en todo caso de una situación anómala, de ahí las dificultades que existen para explicarla. Por ejemplo si se afirma que los condóminos pueden ceder o vender sus partes y terminar así el condominio, qué es lo que venden? Se dice que sus porciones ideales o alicuotas, pero dichas cuotas, constituyen una realidad aunque sea una reali-

dad jurídica? Los que sostienen que la adjudicación es traslativa, aducen que era una realidad pues de lo contrario resultaría que se estaría comprando por un condómino una cosa propia. Los sostenedores de la teoría declarativa dicen que la expresión venta o compra no es sino la renuncia al derecho de propiedad que hacen los restantes condóminos cuando se produce la división por ese medio a favor de uno de ellos.- Pero los textos romanos suponen que era una compra venta y hasta se refieren a la tradición. Es indudable que dicha tradición no podía concebirse en cuanto a la posesión, pues esta última es un hecho material y no se puede hablar de la misma tratándose de cuotas ideales. Pero los romanos no tuvieron otro camino que llevar su hipótesis de trabajo, el condominio, a ese extremo.

Contra la teoría declarativa está en el Derecho Romano la circunstancia de que los derechos reales impuestos sobre la parte ideal por uno de los copropietarios subsisten luego de la división, por lo que resulta extraño que se pueda admitir que si uno de los condóminos podía gravar su parte ideal, aún sin el consentimiento y todavía más, contra la voluntad de los demás copropietarios, subsistiendo los mismos luego de la adjudicación, se hiciera esta a uno de los condóminos o a un tercero, realizada la división debía considerarse que sólo el beneficiario había sido siempre y único propietario. Sólo cabe concluir que los romanos, cuando substituyeron la idea de la primitiva copropiedad a la de la copropiedad de cuotas ideales concibieron estas como si fueran partes reales de la cosa sobre la que recaían a los efectos de explicarse los efectos, sin perjuicio de que el objeto se considerara sin propietario en virtud de que la pluralidad de sujetos no era compatible con el principio de exclusividad del dominio.

311p.) La actio finium regundorum.- Como puede ocurrir cuando desaparecen los confines o límites de dos campos que no sea posible volver a restaurarlos, y a ubicarlos y que se deba considerar que existe una comunión o comunidad entre los propietarios de los mismos, resultará que por dicho medio podía llegarse igualmente a un caso de-

condominio. Aunque esta podía ser una de las hipótesis de la actio finium regundorum que la vincula con la copropiedad, sin duda es que su esfera de acción era más amplia, ya que podía, naturalmente, darse el caso de que pudieran restablecerse los límites que se habían destruído o desaparecido y no hubiera en consecuencia comunidad ni necesidad de hacer la adjudicación por obra del juez en el pertinente proceso.

Los campos de dos propietarios vecinos se deslindan por obra de los agrimensores o de la naturaleza y tales deslindes se determinan por medio de instrumentos materiales, mojones, etc, que configuran una representación gráfica y de los títulos de cada propietario.

Puede indudablemente ocurrir que tales deslindes desaparezcan por obra de hechos inusitados y de la naturaleza o por la misma obra del hombre, de manera que resulte necesario volver a ubicar, conforme a los títulos, los mojones desaparecidos, lo que indudablemente supondrá la intervención de los interesados, o sea de los propietarios de ambos predios.

El antiguo derecho mantuvo por los límites de las fincas una creencia religiosa fundada en que se hallaban consagrados a los dioses terminales y por eso es que ya la Ley de las XII Tablas estableció entre fundo y fundo un espacio de 5 pies que debía dejarse libre de toda ocupación, no siendo en consecuencia susceptible de ser edificado, disponiendo que cualquier controversia que se originara sobre el mismo debía ser resuelta por medio de árbitros. Las porciones de terreno que se hallaban incluídas dentro de la antedicha medida no podían adquirirse por usucapión. La ley Mamilia confirmó las disposiciones de la Ley de las XII Tablas.

El litigio que podía promoverse entre las partes con motivo de esos límites se llamó controversia de fine.

Sabemos por un autor romano Frontino, que podía haber una controversia "de fine" y una controversia "de loco". Con respecto a esta última la opinión de los autores difiere; unos sostienen que la misma importaba un juicio de reivindicación; otros en cambio, aducen que era

una regulación de los límites por el excedente de los 5 pies, de manera que cuando los límites tenían un espacio mayor que el fijado por la Ley de las XII Tablas se pasaría a la "controversia de loco", y la circunstancia de que por sobre esos cinco pies era factible la usucapión, podría justificar que en ciertos casos, cuando una de las partes pretendiera haber adquirido el exceso por la prescripción, fuera necesario recurrir a la actio reivindicatoria.

Cuiacio en sus Libros de Observaciones y Enmiendas, lib.X, cap.2, dice que Frontino distingue tres clases de litigios al respecto, la controversia de fine, de loco y de modo. Las dos primeras se hallan enunciadas en C. 3, 39, 5 y D. 10, 3, 4. La controversia de fine es la que concierne al espacio de los 5 pies, la de "loco" es la que excede esa medida y puede recaer sobre los límites o sobre otras partes de los campos. El "finis" no puede usucapirse, en cambio el locus puede adquirirse por el uso.

Los campos divididos y medidos por arte de los agrimensores se amojonaban con tablillas de cobre que tenían validez pública, no ocurriendo lo mismo cuando la mensura y la delimitación la realizaban por su cuenta los vecinos interesados.

Los campos llamados "ocupatorii" y "arcifinii" no estaban tampoco delimitados por dichas tablillas públicas, a diferencia de lo que ocurría con los "agri adsignati" y eran ocupados por los soldados para el cultivo o con la intención de cultivarlos.

Las medidas de los campos asignados no eran siempre iguales pues se otorgaban conforme al mérito y rango de los militares. Se asignaban medidos todos los campos de un territorio correspondiente a un pueblo, y la controversia de fine versaba sobre las medidas pertenecientes a cada uno, de manera que si alguién tenía menos o más de lo que conforme a las tablillas le había sido adjudicado, era corregido por los árbitros designados.

Frontino, según Cuiacio, op.et loc.cit., nos enseña que había además estas otras controversias: sobre la posición de los mojones y te

nía lugar cuando estos no estaban bien colocados o se habían removido, de manera que no correspondía a la medida del o de los campos, en cuyo caso también se elegían árbitros para la reintegración, restitución o declaración de los términos o confines. Estaba también la controversia "de rigore" similar a la de "fine" y prevista también por la ley Mamilia, con la diferencia de que podía exceder el espacio de los 5 pies. Se llama "rigor" de "rectitud" y es la recta natural con la cuál los campos se delimitan como la elevación del terreno cuyo ancho no exceda de los 30 pies se llama "supercilium"; si excediera esa medida sería una colina. El "supercilium" se confería al fundo superior en detrimento del fundo inferior, por el principio de que este, por su posición, debe servir a aquél.

En la controversia de la propiedad la intervención de los "mensores" o agrimensores era de poca relevancia, lo mismo que en la cuestión sobre la posesión, aunque como a esta solía seguir, la de fine, en esta la intervención de aquéllos era fundamental. Participaban también para dirimir los conflictos de límites de los territorios de las colinas, etc, y para la determinación de a quiénes correspondían las llamadas porciones "subsecivii" que eran los restos que quedaban luego de medir y delimitar los campos conforme a las medidas y criterios que se habían fijado de antemano (lex).

Se ha sostenido que el espacio de 5 pies que se mantuvo durante la época clásica fué abolido y substituido por los "fines lineares" en virtud de una constitución de Valentiniano que figura en C. 3, 39, 5: el texto debatido dice "Removida la prescripción de los 5 pies, se desarrolla la libre "intentio" del conflicto de fine o de lugares". Puede entenderse que se ha suprimido el límite de los 5 pies, o bien que ya no rige la prohibición de que pueda adquirirse por usucapión ese espacio, o que no observado en un caso particular el límite fijado por la Ley, el propietario perjudicado en todo momento podrá plantear la cuestión con la acción de finium regundorum o si fuera necesario con la reivindicación. La prueba de que la constitución antedicha no abolió el límite de los 5 pies estaría dada por otra constitución posterior-

del emperador Teodosio I que se encuentra en el Código Teodosiano, - ver C.Th. 2, 26, 5. Los que siguen este último criterio aducen que el- referido límite de 5 pies fué suprimido por Justiniano o con posterioridad a este emperador.

La actio finium regundorum es una acción doble pues puede ser ejercida por cada uno de los propietarios de los fundos colindantes. Es menester que no se controvierta la posesión, pues si hay litigio sobre - esta deberá resolverse primero, C. 3, 39, 3. Por ser una acción doble - se justifica que el juez, si así lo considera, pueda condenar al actor al pago de prestaciones que deriven de la solución acordada al conflicto.

Es asimismo una acción mixta; lo que se persigue con ella fundamentalmente es restablecer los confines alterados, por obra de la naturaleza o del hombre, ya que en principio no se discute la propiedad de cada uno de los fundos, en tal sentido sería una acción in personam, pero como es factible que el juez decida restituir parte de uno de los - fundos al propietario del otro, pudiendo adjudicar su dominio, la acción es también in rem, D. 10, 3, 1, Paulo.

El carácter personal que la acción reviste deriva de la obligación legal de que los confinantes deben mantener inalterados y ciertos los límites que deslindan sus fundos; cada vez que se alteren estos, aunque sea por hecho de la naturaleza, surge la obligación de restablecer los mojones. Puede ocurrir que ello se haga sin necesidad de adjudicaciones de los terrenos hechas a favor de uno y otro propietario, en cuyo caso la acción sólo habrá tenido carácter personal. Pero como puede ocurrir también lo contrario, en especial cuando no se puedan restablecer o ubicar los linderos conformes a los títulos de cada propietario y sea entonces menester adjudicar porciones de los terrenos, se explica que la acción tenga también carácter real.

Por la índole mixta de la acción se justifica que pueda ser competente para conocer en la misma el juez del lugar dónde se hallan los inmuebles.

La actio finium regundorum sólo puede tener lugar entre los -

propietarios de los fundos confinantes;si un tercero altera los límites- de un terreno, sin ser lindero no tendrá lugar esta acción, sino otra, la actio de termino moto(acción de mojón removido).

Para que la acción proceda es necesario que hayan desapare - cido los linderos, de modo que se produzca la confusión de los fundos- vecinos;el objeto del juicio será restablecer los mojones a su situación anterior y si ello no es posible, colocarlos nuevamente de modo de que resulten ciertos los límites que separan a los inmuebles.

De ahí se sigue que siempre que no haya posibilidad de confu sión de los terrenos, la acción no procede, como ocurre cuando no se- trata de inmuebles colindantes, o que están separados por un camino - público, o por edificios. Si los inmuebles colindantes están edificados, existiendo un edificio junto al otro, no procede el ejercicio de esta ac ción, Paulo D.10, 1, 4, 410. Lo mismo ocurre si entre terreno y terre no media una vía pública o un río. En el caso de que haya un camino público y uno de los propietarios se apropia de parte de él, obligando a los viandantes a ocupar parte del campo vecino por resultar la vía - estrecha, no se dará contra el usurpador la actio finium regundorum si no la actio viae reiectae D.43, 11, 3 pr. Gluck, op.cit.ps.32 y 33, Lib. X, I, acción pretoriana con la que se persigue que el que tomó parte de la vía pública la restituya al estado anterior y pague los daños y - perjuicios que hubiera causado.

Hemos dicho que la actio finium regundorum no se ejercita - cuando los límites están dados por edificios. En este caso si uno de los linderos al construir avanza sobre terreno ajeno, se hará pasible a una denuncia de obra nueva si la construcción no ha terminado, o bien a- c acción reivindicatoria si se ha concluido, o a la acción confesoria- o negatoria, o al interdicto quod vi aut clam.

Podría ocurrir que los terrenos estuvieran separados por los jar dines y no por los edificios, y en este supuesto sería factible el empleo de la actio finium regundorium, D. 10, 1, 4, 710.

La referida acción puede ser simple o calificada:es simple -

cuando se trata de volver a restablecer los mojones a su estado anterior pero puede ocurrir que con la desaparición de los límites cualquiera o ambos propietarios vecinos hayan ocupado parte del terreno del otro, y se reclamen la devolución; en este caso la acción será calificada. En - el primer supuesto no existe posibilidad de que haya adquisición por - vía de la usucapión, ya que confundidos los terrenos nadie puede pre - tender una posesión cierta sobre algo indeterminado e incierto. En cam bio cuando uno de los propietarios ha poseído parte del terreno ajeno, con motivo de la confusión de límites, en forma ininterrumpida y durante 30 años, podrá adquirir la propiedad de la misma mediante la pres - cripción adquisitiva. De ahí que ante la demanda de la otra parte para que se la restituya podrá oponer la defensa de la prescripción. La acción de confusión de límites es imprescriptible, pero en cambio se puede adquirir por la usucapión de 30 años parte del terreno del vecino - que haya sido ocupado en forma pacífica y continuada durante ese lapso, C.3, 39,6, así se explica que Justiniano diga en esta constitución que la acción prescribe a los 30 años. Del mismo modo prescribe la acción para el pago de prestaciones personales a cargo de las partes: daños y perjuicios, restitución de frutos, etc.

El juez debe procurar restablecer los límites o mojones al lugar que tenían antes de que por la destrucción o desaparición de los mismos se produjera la confusión, para lo cuál el actor debe suministrarle el - mayor número de detalles posibles. Para ello debe tener en cuenta los indicios materiales que existan en el terreno, y que determinan que los confines puedan ser naturales: montes, colinas, ríos u otros accidentes, - o artificiales: cruces, piedras, etc. Los linderos pueden ser públicos o privados, principales o secundarios. Para ubicarlos será menester recurrir - a documentos, a la inspección ocular, testimonios, etc. Si el juez, a pesar de la investigación realizada, no logra determinar cuál era el primitivo lugar de los lindes, deberá señalarlos de nuevo, aunque tenga para ello que adjudicar parte de los terrenos a uno o a ambos propietarios.

Si una de las partes con motivo de la confusión de los límites - ha ocupado una parte del terreno ajeno, el juez debe condenarla a res

tituirla con los frutos a computarse desde el momento de la traba de la litis, sin que se considere si era de buena o de mala fé. Con respecto a los frutos anteriormente percibidos cabe distinguir entre el poseedor de buena ó de mala fé; el primero tendrá que restituirlos si no los ha consumido, en cambio podrán exigirse al segundo por condictio aún los que ya no existan. Deberá también tenerse razón de los gastos y mejoras hechas, y condenarse al culpable a pagar indemnización por los daños y perjuicios que haya ocasionado a la otra parte.-

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

## LECCION XXI

## LOS IURA IN RE - LAS SERVIDUMBRES

312.) Noción.- Sobre la base de la idea de la propiedad se construyen los derechos reales sobre la cosa ajena que se clasifican en derechos reales de goce y de garantía. A los primeros corresponden las servidumbres, reales y personales, y los derechos reales pretorianos: la superficie y la enfiteusis; mientras que a la segunda categoría pertenecen la prenda y la hipoteca.

La teoría jurídica de los pandectistas halló dificultades para ubicar a la prenda y a la hipoteca en las categorías de la sistematización jurídica, habiendo quienes sin mas las incluyeron dentro de los derechos reales y quienes, sin embargo, las ubicaron con las obligaciones. En el Digesto de Justiniano la prenda y la hipoteca figuran en el libro 20 señalando el emperador en la constitución Omnem rei publicae, y 4, la afinidad de las mismas con la actio pignoraticia y por ende con las obligaciones.

Los derechos sobre la cosa ajena se diferencian de la propiedad o dominio por varios caracteres: 1o.) son cosas incorporales, iura, mientras la "proprietas" o "dominium" es una cosa corporal; 2o.) son como la propiedad derechos reales y se hallan protegidos por acciones in rem, pero con respecto a aquella que es absoluta, son relativos.3o.) Los derechos reales sobre cosa ajena constituyen un desmembramiento o una limitación del dominio.

Los juristas romanos no conocieron una teoría de los derechos reales como tal a los que agruparon en la categoría de las cosas, el dominio como corporal, y los demás iura in re como incorporales. Ello

se debió a que todo el desarrollo partió de la base no del derecho subjetivo sino de la acción in rem por excelencia, la actio reivindicatoria, la que adaptada a las nuevas situaciones que iban apareciendo mediante los flexibles métodos que la jurisprudencia y la labor de los magistrados ofrecía, brindó soluciones adecuadas a las nuevas necesidades.

Dicha evolución además se imponía por cuanto el desenvolvimiento económico de la comunidad hacía imprescindible que se dejaran cuanto antes los arcaicos cuadros de la organización feudal, y se creara una nueva estructura que respondiera a las exigencias de la creciente economía del capital y del crédito.

La circunstancia que las primitivas instituciones políticas, sociales y jurídicas, carecieran de contenido y de proyección económicas, habrá llevado a en los primeros tiempos a la idea de que cualquier restricción a las facultades omnímodas que el dominio supone, debía considerarse como una limitación de la misma libertad natural. Y solomas tarde con los nuevos criterios que el desenvolvimiento económico acuñó se habrá empezado a considerar a la propiedad y a los iura in re como factores o elementos de la producción.

Introducidos estos en el torrente circulatorio de la economía, considerados entonces como elemento del patrimonio, se concibirían jurídicamente como cateogrías propias que se agruparon bajo nombres adecuados: servidumbres, usufructo, uso, etc. No obstante ello, ni aún durante la época de la sistematización bizantina, se llegó a construir una teoría de los derechos reales.

313o.) Servidumbres. Orígenes.- Las servidumbres nacieron como modos voluntarios de regulación de las relaciones de vecindad. En los primitivos tiempos los jefes de familia proveerían a la obtención de determinadas ventajas para sus fundos suministradas por los predios vecinos, mediante actos voluntarios y solemnes.

La vecindad crea entre los propietarios cierta comunidad de intereses y por ende los convierte, en alguna medida, en virtud de la relativa convivencia, más especializada y concreta entre ellos que con res

pecto a los demás, en una suerte de partícipes de cierto destino común El solo hecho de habitar juntos determinado sector de la ciudad o del - campo supone una mayor proximidad, vínculos más estrechos, un tácito deber de ayuda mas inmediata y eficaz y una solidaridad humana mas- sentida.

Esos lazos que vemos en sociedades o grupos altamente civiliza dos tenían necesariamente que ser mas hondos entre los primitivos sec - tores de la comunidad romana, en una época en que los sentimientos - religiosos se hallan mas acentuados, y en que la pertenencia a una mis ma centuria agraria de por sí originaba cierta clase de confraternidad. Y que ello fue así, que los referidos vínculos debían calar hondo en el espíritu de los romanos, lo prueba la circunstancia de que hasta muy - entrada su historia consideraron que las disputas entre vecinos no confi guraban verdaderos litigios sino controversias en cierta medida familia res, que llamaban "iurgia".

La vecindad pues es el fundamento de la normación o del esta- blecimiento de reglas sociales y jurídicas que proveen a la regulación- de ese conjunto de intereses comunes que tienen los vecinos en su cali dad de tales.

Un ordenamiento semejante en cierto momento de la evolución de un pueblo está constituído por dos tipos de normas: unas las estable cidas por el derecho objetivo, sea en su forma consuetudinaria, legal, o de reglamento, y otras las fijadas por los mismos vecinos por el mutuo acuerdo. A la primera categoría pertenecen las llamadas limitaciones - legales, que en forma impropia se suelen denominar "servidumbres lega les", y a la segunda, las servidumbres.

Pero se pregunta, cual ordenamiento existió primero entre los romanos, el legal o el voluntario?

La pregunta ha sido contestada por unos, optando por el orde - namiento legal y por otros en sentido contrario. Al respecto, estos últi mos piensan que la regulación voluntaria se imponía ante la ausencia - de reglamentos o disposiciones del derecho objetivo que regularan los intereses comunes de la vecindad, restringiendo en consonancia con e

llos los omnímodos poderes que tenían sobre sus fundos los propietarios De ahí que las servidumbres no habrían sido sino un expediente al que debieron recurrir los particulares para suplir en tal sentido la inactividad o la deficiente intervención estatal.

Los que así piensan aducen que por ello las servidumbres tenían por finalidad solo satisfacer las necesidades de los predios, y no en cambio procurarles comodidad u otra ventaja que no resultara imprescindible.

Contra este criterio se reacciona sosteniendose que no es exacto que no existiera una reglamentación estátal, religiosa, administrativa o jurídica, basada en la costumbre o en la equidad, que reglara las relaciones de vecindad. La había y tan importante que se hallaban previstas las necesidades de los fundos de modo tal que no se sentiría, en tal sentido, necesidad alguna de recurrir a la regulación privada.

La prueba de ello es que las dos necesidades más importantes y primitivas de los fundos rústicos, la salida de los mismos a los caminos y vías públicas y la conducción del agua para el regadío, se hallaban prefijadas por los cánones (lex) que se tomaban como base por los agrimensores para la delimitación de los fundos en cada caso. Por lo menos es cierto que con respecto a los campos limitados (agri limitati) se disponían las cosas de manera tal que se veían dotados de las adecuadas sendas que conectaban los fundos entre sí y estos con los caminos que desembocaban en las vías públicas, y también de los zanjones por los que decurría el agua necesaria para el regadío y el uso cotidiano de los pobladores.

La mensura se hacía sobre la base de un número variable de centurias cuyo conjunto se llamaba "saltus". La centuria estaba integrada por 200 jugera y tenía una superficie de poco mas de 158 hectáreas. El "jugerum" era un rectángulo de 240 pies (unos 72 metros) de largo por 120 pies (unos 36 metros) de ancho, con una superficie de poco más de 25 áreas. Dos "jugera" o sea 50 áreas y fracción hacían una casa o solar, de modo que este era un cuadrado de 240 pies (unos 72 metros) por 240 pies. Cien de estos solares componían la "centuria".

Los límites que deslindaban dichos solares se llamaban "confi-

nes". Entre si los soldres estaban separados por una franja de 5 pies - (1, 50 m), que se tomaban a razón de 2 pies y medio por predio, lla - mada "ambitus", que no podía utilizarse y debía dejarse libre. Es fácil comprender que por esos lugares podría pasarse de un fundo al otro y - llegar así sucesivamente hasta los linderos de la "centuria" que se de - nominaban "limites".

Ahí, en dichos linderos, separaban a las centurias los caminos que también recibían el mismo nombre; a saber "limites" y cuyo ancho era de 12 pies (unos 3,60 metros). Cuando la anchura, por razón de - contener las centurias menos área, era de 8 pies (unos 2, 40 metros) en lugar de "limites" (en singular, limes) se llamaban "subruncivii".

Los límites o los subruncivii conducían hacia el S. al camino - denominado "decumanus maximus" que tenía un ancho de 40 pies (unos 12 metros) y hacia el N. al llamado también "decumanus" pero califi cado según el número de centurias del "saltus", y cuya anchura era de 12 pies (unos 3,60 metros).

Yendo hacia el E., por los "límites" o los "subruncivii" se alcan zaba el "cardo", camino que bordeaba la parte oriental del "saltus" - con un ancho de 12 pies (unos 3,60 metros) y hacia el O. el "cardo - maximus" que tenía 20 pies (unos 6 metros).

Se comprende entonces que en virtud de la mensura las fincas estaban intercomunicadas y tenían salida a los caminos públicos, de - modo que no resultaría necesaria ninguna convención entre las partes - ni tampoco se sentiría el apremio de obtener una salida imperiosa que ya estaba otorgada por el ordenamiento jurídico. Se verían así los predios munidos de los accesos necesarios por los cuales podrían igualmente hacer llegar el agua del río o de una fuente públicos.

Si se considera que las mas viejas servidumbres son el "iter" y el "aquaeductus", se llega entonces a la conclusión de Brugi, Apéndice a Gluck, trad, ital., lib. VIII, tit. 1, ps. 16 y ss., de que las servidumbres no nacieron para suplir la insuficiencia de la regulación estatal sobre la materia, ni para proveer solo a las necesidades de los predios, las que estaban ya contempladas por disposiciones que serían de

orden público, sino como expedientes o medios arbitrarios por los propietarios para procurar a sus fundos una ventaja o utilidad a expensas de los otros.

Supóngase que el pasaje determinado por la mensura resultara inconveniente para un propietario y que este deseara, para comodidad suya o de su predio, hacerlo por otro lugar de la finca vecina, no sería la necesidad de llegar a un modo que permitiera a las partes convenir con eficacia jurídica el establecimiento de una situación semejante?. Sin duda que sí y habrán sido entonces los juristas los encargados de dar forma a la voluntad de las partes configurando la nueva exigencia de la vida económica como regulación de relación de vecindad, para lo cual tendrían como modelos de imitación las normas establecidas en tal sentido por la comunidad.

El referido recurso de las servidumbres se impondría igualmente tratándose de los campos arcifinales que no eran objeto de mensura oficial y que tenían por límites los accidentes de la naturaleza. Con respecto a ellos no había posibilidad de que tuvieran resueltas las necesidades del acceso a las vías públicas o del transporte del agua para el regadío, en la forma que estaba prevista para los campos limitados.

314o.) Definición y naturaleza de las servidumbres.- Los jurisconsultos romanos no intentaron siquiera una definición de las servidumbres ni aún en los tiempos del derecho bizantino y no obstante que los griegos tuvieron una particular afición por las sistematizaciones y las construcciones jurídicas. Lo mas que hicieron fue enumerarlas.

La influencia de la escolástica, sobre todo a través de las obras de Santo Tomás de Aquino produjo en los glosadores las primeras tentativas de la definición, comenzando con Azon que consideró a las servidumbres como un hábito de los fundos, entendiendo por ello una cualidad, positiva o negativa, según se tratara del predio dominante o sirviente. Este criterio sirvió a Bartolo, jurista del siglo XIV, para definirlas como un derecho inherente al fundo y que hace a su utilidad, y que disminuye el derecho o la libertad de otro inmueble.

Las dificultades que ofrece definir las servidumbres se deben a

la discrepancia existente en cuanto a su naturaleza, a su extensión y a su contenido.

Los juristas romanos concibieron las servidumbres primero como aptitudes o defectos de los fundos, según se vieran desde el punto de vista del predio dominante o del sirviente, y luego las incluyeron en la categoría de las cosas incorporales, Gaio, Epitome, 2, 1, 3.Se las llamó iura in re, pero la simple naturaleza no suministra una base segura para la definición, atento a que comparten igual característica otros derechos reales como la prenda, la hipoteca, la enfiteusis, el usufructo, el uso, la habitación.

La circunstancia de que los compiladores de Justiniano incluyeran a su vez dentro de las servidumbres ciertos derechos reales que habían permanecido diferenciados netamente en las épocas anteriores nos referimos al usufructo, al uso, considerándolos como servidumbres personales, calificación que aceptaron los glosadores y los comentaristas posteriores, fue recibida por la jurisprudencia renacentista y llegó hasta nuestros días, complica todavía más el arduo problema de una adecuada definición de las serivudmbres. Ya la dificultad se acentúa si fuera cierto, como piensa Voigt, que el usufructo fue una institución helénica, importada a Roma, porque entonces semezclarían las servidumbres de genuino origen romano con el utendi et fruendi o el ius utendi, cuya procedencia sería griega.

De manera que la referida asimilación del usufructo y el uso, y posteriormente la más reciente habitación y las opera servorum, genera un escollo más para la solución del arduo problema.

Tampoco es pacífico en la doctrina en lo que concierne al contenido, ya que mientras algunos sostienen que deben limitarse las servidumbres a satisfacer las necesidades de los predios dominantes, otros en cambio, siguen un criterio más amplio, y señalan que no deben limitarse a la sola necesidad, pudiendo referirse a ventajas, o utilidades de los inmuebles.

No es extraño entonces que se las haya querido definir por exclusión diciéndose que servidumbres son los derechos reales que no

sean la prenda, la hipoteca, la enfiteusis, la superficie, o que como Kuntze lisa y llanamente confiesen que es un fenómeno indefinible.

Si a ello se agrega que todavía se discute si las cualidades o aptitudes de los predios, en las que consisten las servidumbres, deban considerarse como sustantivadas e independientes de la misma propiedad, o solamente como restricciones al dominio, se comprenderá lo difícil que es encontrar una adecuada definición que contente a todos.

La tendencia a independizar y a darle vida propia a la utilidad que la servidumbre representa tuvo su origen entre los jurisconsultos germanos, en cuyos antiguos derechos existía la propensión a considerar cualquier poder sobre la cosa como una forma del dominio o de la propiedad. De ahí que les fuera relativamente fácil concebir sobre la base de la categoría de las cosas incorporales, a la que las servidumbres pertenecen, toda una serie de poderes que serían formas de propiedad, paralelas al dominio que recae sobre la cosa corporal.

La trascendencia que tiene esta teoría es muy grande pues de seguírsela resultaría que el titular de la servidumbre tiene la propiedad y por tanto la exclusividad sobre una o varias cualidades que configuran su contenido, de manera que el propietario de la cosa sirviente estaría excluído de aprovecharlas aunque con ello no causara perjuicio alguno al beneficiario de la servitus.

Si en cambio se concibe esta como restricción de las facultades del dueño de la cosa que grava, y no algo autónomo, se comprende fácilmente que pueden concurrir en la utilización de la ventaja o servicio que la cosa presta, tanto el titular de la servidumbre como el propietario de la res, siempre y cuando este último no perjudique el ejercicio de aquella.

Aun entre los que se niegan a considerar las servidumbres como segregadas y corporizadas aptitudes de las cosas, se discute si las servidumbres son en realidad aptitudes o facultades de los mismos predios o bien defectos o restricciones, o sino será ampliaciones o limitaciones de la misma propiedad.

Y por si todo ello fuera poco no ha faltado la tentativa de ca-

lificar al predio dominante como una persona jurídica.

La teoría de la corporización de la utilidad o ventaja en que la servidumbre consiste mereció una tentativa de Voigt, quien sostuvo la tesis de que las mas antiguas servitutes romanas se vindicaban lisa y llanamente como si fueran cosas corporales, o sea como si se tratara de la misma propiedad, y llega a esa conclusión sobre la base de que si podían reivindicarse por la acción de la ley por el sacramento, si podían constituirse por la mancipatio o la in iure cessio; era pues sencillamente porque se las tenía por las mismas cosas corporales, ya que en todas las fórmulas que sería necesario emplear se afirmaría sin mas que la cosa era de propiedad del reclamante.

De esa manera, para el autor mencionado, antes de que los romanos conocieran la categoría de las cosas incorporales, antes de que elaboraran los iura in re, habrían concebido las servidumbres confundiendolas con las mismas cosas corporales sobre las que recaína, los fundos, y autorizando a sus titulares a defenderlas por las mismas vías que servían para tutelar el dominio. Posteriormente, con la introducción del usufructo como derecho, se modificaron las fórmulas, pudiéndose en la mancipatio, en la in iure cessio, y en la reivindicatio afirmar que el derecho y no la cosa era lo que se reclamaba como propio. De ahí que entonces, señala Voigt, cambió la orientación de la jurisprudencia, buscando la asimilación de las servidumbres con la esclavitud. Y todo ello en virtud del usufructo, del uso y de la concepción de estos como iura.

Lo singular es que de ser ello cierto, y hay motivos para poner en duda tan original teoría en virtud de las serias objeciones que ha recibido, en la época post clásica que se habría producido un vuelco completo en el sentido opuesto. Pues los compiladores de Justiniano a toda costa trataron de insertar el usufructo, el suso, la habitación, las opera servorum vol animalium, en la categoría de las servidumbres reales. Esto y el hecho de que se transformara en dogma el principio de que las servidumbres no pueden consistir nunca en un hacer, llevo a los intérpretes al polo opuesto al de la esclavitud.

Quizá ello se deba a que la asfixiante organización adminis -

trativa del Bajo Imperio tendía a la desorganización y al resurgimiento del feudalismo, y en un Estado en que buena parte de las cargas públicas se sufragaban con servicios, se procuraría evitar caer en vinculaciones personales cuya perpetuidad podría buscarse asimilándolas a las servidumbres reales. Por lo pronto los romanos fueron reacios a admitirlas, luego se ha conocido como cargas reales. Y la prueba de que una asimilación semejante era tentadora, la encontramos en la edad Media, por obra de algunos de los más preclaros juristas de la Iglesia, como el cardenal de Luca, y en Francia por los expositores de sus costumbres que configuraron los viejos servicios feudales como verdaderas servidumbres reales.

Por lo que se llegó así en la evolución a la concepción opuesta: la servidumbre real no imitaba a la esclavitud, sino que esta imitaba a aquella. Así para la Glosa hubo servidumbre de persona a persona de cosa a cosa, de cosa a persona, y de persona a cosa. Y hasta los indios de América fueron considerados como pasibles de servidumbre real a favor de una cosa, la Corona de España.

El proceso degenerativo de las servidumbres no terminó allí, pues todavía en el siglo pasado ha visto Europa que esclarecidos jurisconsultos como Merlin en Francia y tribunales famosos por su sabiduría llegaron a concebir ciertas ventajas otorgadas a las comunas o municipios por los particulares en sus testamentos o por actos entre vivos, como el derecho de llevar a apacentar el ganado, o a utilizar los jardines del beneficiario, como servidumbres reales y todo para escapar al límite inexorable que tiene en el tiempo el usufructo. Fueron las llamadas servidumbres en virtud del uso público, sobre las cuales Brugi ha escrito un interesante capítulo en el Apéndice a Gluck ya mencionada.

Los revolucionarios franceses reaccionaron contra los abusos de los juristas anteriores que habían llegado a justificar los deberes feudales configurándolos como servidumbres reales, suprimiendo esas categorías e insistiendo en el viejo aforismo de que no hay servidumbres de hacer.

Se comprende que una institución, cuyos orígenes y alcances no son claros, que ha sufrido una evolución tan tremenda a través

de los siglos, y ha sido objeto de particular tratamiento por motivos políticos y económicos, no sea fácil de ser encerrada en una breve definición.

Creemos que es necesario volver a la simplicidad inicial considerando como servidumbres solamente a las reales, y dejando como categorías distintas el usufructo, el uso, la habitación. La finalidad económica de estos derechos reales es diferente a la de las servidumbres propiamente dichas cuya característica fundamental es que son regulaciones de las relaciones de vecindad. Partiéndo de este principio creemos que se puede llegar a un concepto lo bastante claro del fenómeno.

En efecto, consideradas las servidumbres como regulaciones voluntarias de las relaciones de vecindad, configuradas como derechos reales en virtud de estar tuteladas por acciones in rem, se esclarece mucho el panorama de la materia. Por lo pronto tenemos un criterio seguro para distinguirlas de los demás iura in re, aún del usufructo, el uso, la habitación y por ende de la prenda, la hipoteca, la enfiteusis, la superficie.

Como las servidumbres regulan relaciones de vecindad, es lógico que tales vínculos presupongan necesariamente dos inmuebles pues solo entre estos cabe la posibilidad de que exista la necesidad de un reglamento derivado de la voluntad, ya que toda vecindad está dada por la convivencia en casa o fundos próximos. Las servidumbres pertenecen por consiguiente a la esfera de administración de los intereses comunes que la vecindad engendra. Dichos intereses se hallan regulados por una doble normación: a) la legal proveniente del Estado y fundada en su poder de policía; b) y la voluntaria que corresponde a los propietarios de los inmuebles. Estatuto y negocio jurídico, derecho objetivo y derecho subjetivo. Las servidumbres son pues manifestaciones de la declaración de voluntad, formas prestablecidas por la comunidad, para que los vecinos puedan dentro de ciertos límites, configurar sus relaciones de vecindad derivadas de la convivencia.

De ahí los elementos de las servidumbres: 1o.) dos inmuebles-

en relación de vecindad, 2o.) que los mismos no pertenezcan al mismo propietario, pues de ser así no habría relación de vecindad que regular y faltaría la materia propia de la servidumbre; 3o.) la reglamentación de la relación de vecindad; 4o.) la declaración de voluntad de los vecinos propietarios; 5o.) la elección de alguna de las formas admitidas por el Derecho objetivo; 6o.) la perpetuidad de la regulación, pues esta supone intereses de los predios cuya permanencia es indiscutible.

Consideradas las servidumbres como modos voluntarios de regulación de los intereses derivados de la vecindad, se comprende que los mismos se hallen por encima de la consideración personal de los propietarios en cualquier momento de la existencia de esa normación. Hay inmuebles, dentro de la vecindad, sometidos al régimen legal y los puede haber también que están sometidos a la regulación voluntaria: estos son los sometidos a servidumbre.

No hay necesidad de decir que las servidumbres son derechos inherentes a los predios dominantes, o sujeciones de los predios sirvientes, ni de corporizar la utilidad o aptitud de la cosa que sirve, o bien de llegar a configurar el inmueble como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica. Basta con decir que las servidumbres como modos de regular los intereses de vecindad constituyen un "status" permanente por su misma naturaleza, con prescindencia de la persona de los titulares de los fundos, porque las necesidades de la convivencia son permanentes y objetivas.

De ahí que no pueda haber servidumbre cuando en lugar de regular la relación de vecindad, se satisface un interés personal del vecino: como el derecho de ir a pasear o a disfrutar del panorama en el fundo ajeno.

Los intereses de la vecindad no son siempre los mismos, varían desde luego con el progreso de la civilización. Una comunidad primitiva y agrícola los determinará en función de las necesidades de la explotación rural, pero ello no impide que con el progreso y la espiritualización de las necesidades se amplíe la esfera de los intereses comunes. Por consiguiente aparecerán nuevas servidumbres destinadas a satisfacer los nuevos intereses.

Se dice que las servidumbres consisten en un sufrir o en un no hacer, nunca en un hacer, salvo una excepción, la oneris ferendi; y es natural que así sea pues si los intereses de la vecindad exigen ciertos avances del vecino sobre la propiedad ajena, los mismos tienen que ser inherentes al destino de los inmuebles y no pueden estar supeditados a prestaciones personales. Nos explicaremos mejor: las relaciones de vecindad se refieren a la utilización de los inmuebles y puede ocurrir que dicho goce resulte facilitado con ciertas ventajas que se puedan tener sobre el inmueble ajeno y vecino. Como se trata de relaciones de vecindad tales ventajas están supeditadas a la naturaleza misma de los predios, será el pasaje, el transporte de agua, o variantes parecidas, o el desvío del agua de lluvia, el enviar humo a la casa vecina en mayor cantidad que la de costumbre, etc. Todo ello indica que se trata siempre de una mas adecuada utilización del inmueble obtenida a expensas del fundo vecino, o sea que debe versar sobre una restricción que se pudiera sacar por el propietario de este, o bien de sufrir que el titular del fundo dominante haga algo en el predio sirviente, de modo de utilizarlo como si fuera una prolongación del propio.

No cabe pues la posibilidad de que la servidumbre consista en un hacer del dueño del predio sirviente. Así como desde el punto de vista del dominante no puede consistir en una simple ventaja para el propietario pues si lo fuera ya no se trataría de regular la convivencia o la vecindad, tampoco puede ser una o una serie de prestaciones impuestas al propietario del fundo sirviente. Si fuera así ya no se estaría dentro del "status" o reglamentación de dos propiedades vecinas sino en el campo de las obligaciones. Estas son medios que pueden utilizarse, sin duda, para resolver las relaciones de vecindad, pero si se quiere seguir el camino más perdurable y seguro de las servidumbres, será menester proceder de otra manera. No puede haber servidumbre cuando la ventaja que obtiene el predio dominante no deriva del fundo vecino en sí sino de un hecho de la persona, de igual modo que no hay servidumbre cuando la ventaja que se obtiene del inmueble sirviente solo va a beneficiar a la persona del titular del pre-

dio dominante. El status de las servidumbres como el de las restricciones legales de la propiedad por razón de la vecindad es objetivo, no beneficia ni perjudica a personas determinadas, sino que se refiere genéricamente a las relaciones de dos vecinos: lo permanente son los inmuebles, de ahí que la persona no se tenga en cuenta.

La misma excepción señalada, la servidumbre oneris ferendi que constituye el derecho de apoyar en el muro, columna o bóveda del edificio vecino, deriva del carácter de perpetuidad que tenían las servidumbres del derecho civil. La obligación de hacer que se imponía al propietario del predio sirviente, en que consistía? en mantener el muro o pared. Ahora bien, como obligación el referido vínculo presenta anomalías bien definidas pues pesa sobre cualquier propietario del inmueble, aunque no fuera el que contrajo la obligación ni heredero o sucesor universal del obligado, y además puede liberarse haciendo abandono de la cosa. No es posible decir cual de las dos consecuencias es mas contraria a la esencia misma de la obligatio, al punto que los juristas han tenido que crear una nueva categoría de obligaciones, las llamadas obligaciones propter rem.-

Sin embargo para garantizar la perpetuidad de la servidumbre es indudable que se requeriría el mantenimiento del muro que de por si se halla expuesto a deteriorarse y extinguirse. El muro, la pared, la columna, son una parte del inmueble sirviente y en especial del edificio por lo que no solo dependerá la existencia de la servidumbre del buen estado de aquel, sino en muchos casos, también del buen estado de toda la casa, por lo que imponer al propietario del predio sirviente la manutención del muro no es tanto una obligación sino un deber de conservar el inmueble de modo tal que se permita el ejercicio del derecho que sobre él tiene la finca vecina.

Se estaría siempre dentro de los límites prefijados: la utilidad o ventaja debe consistir en utilizar de manera positiva o negativa alguna cualidad o aptitud del fundo gravado; en el caso del muro.

La circunstancia de que para que haya servidumbre se deba sacar un provecho de la relación de vecindad, y suponiendo esta inde-

fectiblemente que existen dos inmuebles en situación tal que pueda uno beneficiarse a expensas del otro, se justifica siempre y cuando dichas ventajas sean inherentes a los predios o deriven de la naturaleza misma del fundo sirviente. De otro modo no podría concebirse una servidumbre pues las ventajas personales a favor de un vecino, o las cargas que pudieran imponerse a otro en beneficio ajeno, no sería ya una regulación de las relaciones de vecindad sino obligaciones o bien una sujeción como la .que tuvo lugar en la Edad Media entre el habitante del lugar y el señor feudal.

Las relaciones de vecindad no pueden ser relaciones de sujeción porque estas últimas presuponen un predominio de carácter político que no se compadece con la situación de hombres libres y ciudadanos con iguales derechos. Y las relaciones de obligación no pueden tener la perpetuidad que el status coactivo o voluntario de la vecindad supone. Los romanos utilizaban para designar este fenómeno la expresión "causa perpetua", y si bien la misma ha sido objeto de críticas y discusiones, lo cierto es que en su forma evolutiva, no primitiva, no ha sido sino una forma de expresar el carácter objetivo que tienen las servidumbres por su condición de reglamentación de el ejercicio del derecho de propiedad entre vecinos.

Las servidumbres son modos voluntarios de regular relaciones de vecindad y por ello se refieren siempre a los inmuebles; no puede haber servitus a favor o sobre cosas muebles porque entonces se desnaturalizaría la misma esencia de la institución. La exigencia de la causa perpetua no es sino otra manera de significar el antedicho principio.-

Porqué hay servidumbre cuando el propietario del fundo A puede enviar el agua de lluvia que cae sobre su techo al fundo B, y no la hay cuando tiene el derecho de enviarle al vecino por un agujero (foramen) hecho en la pared el agua corriente empleada para lavar el patio? Es el caso de D.8, 2, 28, Paulo. El texto se ha entendido de las más variadas maneras y se han dado las explicaciones más inverosímiles se ha entendido así que en ese segundo caso es el propietario vecino-el que debe enviarle el agua al otro predio y además hacer el agujero

todo lo cuál supondría prestaciones personales incompatibles con la naturaleza de las servidumbres. Paulo parecería autorizar esta interpretación pues señala que lo que se hace con la mano no puede tener causa perpetua, a diferencia del agua de lluvia que es natural pues cae del cielo, aunque no siempre llueva. Es indudable que la servidumbre stillicidi vel flumina sólo puede explicarse por el tipo de construcción de los techos y la circunstancia de edificarse mutuamente sobre los límites de ambos inmuebles. El techo a dos aguas es un elemento del edificio destinado a protegerlo, entre otras cosas, de la lluvia, y si dada la forma de la construcción, ocurría que el agua de lluvia se iba a la casa del vecino, este, de no existir la servidumbre, podría exigir la modificación del techo del inmueble de al lado. Era una ventaja pues de dicho inmueble obtenido a expensas del vecino la forma del techo que hacía derivar el agua de lluvia a aquél.

En cambio el recibir o mandar agua para limpiar el patio del inmueble ajeno a través de un agujero practicado en la pared no atañe ni al suelo ni al edificio en sí, sino a las comodidades de los habitantes del inmueble. Para nosotros lo que el texto dice es que no es servidumbre el verter el agua empleada para la limpieza del patio al fundo vecino, a través del agujero hecho en la pared, pero aunque se entienda de otra manera es siempre cierto que tal derecho en nada se refiere al inmueble en sí, ni al suelo ni al edificio que es inmueble por accesión, y por eso se dice que no tiene causa perpetua. Cierto es que Perozzi ha atacado todo el fragmento de Paulo, al que considera interpolado por algún copista griego, sobre todo en la parte que contiene la afirmación de que todas las servidumbres, sean urbanas o rústicas, deben tener causa perpetua. Pero dejando de lado ese problema de la autenticidad, lo cierto es que en la medida que la utilidad no sea para el inmueble es decir no sea para el vecino como entidad genérica, y no recaiga sobre el inmueble sobre el cuál pesa el gravámen, no puede haber servidumbre.

El otro texto que confirma lo que decimos consiste en un fragmento de Ulpiano que figura en D. 8, 4, 2. Dice el jurista que se du-

dó que fuera servidumbre el derecho del propietario de un fundo de sacar o derivar agua de un río mediante la rueda, o de tomarla de un depósito existente en el predio sirviente, pero que por rescripto de Antonino a Tuliano se protegió tal derecho, aunque no fuera servidumbre. El texto ha dado origen a múltiples interpretaciones. Con respecto al depósito es indudable que no tratándose de agua viva no podía constituirse sobre el fundo que lo tenía una servitus; el agua del depósito es además una cosa mueble. La dificultad se suscita sobre todo por la solución de la primera parte. Si por flumen se entendiera un río público desaparecería toda cuestión pues sobre él no cabe servidumbre alguna, que en tal caso utilizar el artificio del predio vecino, la rueda, no sería la servidumbre de acueducto o de aquae haustus. Quizá fuera esta una explicación plausible pero Cuiacio, Observaciones y Enmiendas, lib. 3, cap. 28, t, 3, Venecia 1758, folios 71 y 72, rechaza la idea que se tratara de un río público y sino de uno privado.

Si el agua era privada, parte del fundo sobre el que se había establecido tal derecho, porqué no podía configurarse la servitus aquae ductus o aquae haustus, cuando el agua era extraída por rueda? La rueda era un artificio que describe Vitruvio, Sobre la Arquitectura, lib. 10 cap. 5 (o 10), edic. Nisard, Paris 1857, p. 162; consistente en un aro provisto de prolongaciones de hierro o madera que la hacían girar impulsadas por el agua que era a su vez recogida por recipientes adheridos al mecanismo.

Se ha contestado la pregunta en la forma más variada. Cuiacio pensaba que dado que por tal medio la cantidad de agua que podía obtenerse era tal que excedería las necesidades del fundo dominante, por esa razón no podía constituirse la servidumbre. Otros pensaron que ya que el agua era recogida por los recipientes se haría necesario sacarla de ellos lo que suponía la intervención del hombre, sin considerar que lo mismo ocurría con el aquae haustus y no obstante era una servitus, o bien, como observa Gluck, que fácil era hallar un medio para que el agua de esos recipientes pasara a conductos por los cuáles decurriría al predio dominante. Gluck cree que como en ciertas épocas del año el -

río puede perder fuerza en virtud del poco caudal de agua, se consideró que no había causa perpetua.

Para nosotros habría que volver a considerar si en realidad la palabra flumen no indica un río público, pero aunque no sea así, la circunstancia de que el agua se obtenía no directamente del manantial sino por medio de un artificio mecánico, justificaba que se entendiera que no se hallaba cumplido en el caso el requisito de que el fundo debe prestar un servicio en virtud de una cualidad o aptitud inherente al mismo, lo que no podía decirse si en realidad el agua se obtenía mediante el mecanismo humano ya citado. Las servidumbres como restricciones impuestas voluntariamente a la propiedad de los inmuebles, configuraban regulaciones de las relaciones de vecindad, y como tales recaían sobre condiciones o cualidades de los predios en sí. El agua natural, como porción del inmueble lo es, pero no el agua que se obtiene por artificios técnicos.

Cabe señalar finalmente que el texto no habla del acueducto sino que se refiere al tollere, haurire aquam; pareciera entonces que la cuestión sería si en la especie particular que considera Ulpiano (sacar agua obtenida por rueda o de un depósito) podía darse la servidumbre aquae haustus. Por el mismo Ulpiano, D. 43, 20, 71, 76 sabemos que el acueducto requería que se tomara de agua viva y perenne; no podía constituirse sobre agua perenne pero muerta, como el agua de una cisterna o pozo, aunque sobre estas aguas muertas podía constituirse el aquae haustus que era otra especie de servidumbre rústica. La condición era que fuera agua perenne y sin duda ni la que está en un depósito (castellum), ni la de los recipientes de la rueda revisten tal carácter.

Constituyendo las servidumbres reglamentos voluntarios de las relaciones de vecindad se comprende que en principio no puedan ni considerarse separadas de los fundos en cuestión, ni puedan enajenarse con independencia de los mismos. Los estatutos o regulaciones del uso de la propiedad no son susceptibles de estar, como cosas, en el comercio D.20, 1, 12, Paulo debe interpretarse en el sentido de que lo que han convenido el acreedor y el deudor es que si este no le pago en el tiem

po establecido le constituirá sobre un fundo de su propiedad y a favor del predio vecino de propiedad del acreedor alguna de las servidumbre que el texto enumera.

Demás está decir que las servidumbres que constituyen un reglamento de las relaciones de vecindad no pueden poseerse ni adquirirse por usucapión, ni constituirse por medio de la tradición. Los equívocos al respecto se deben a la confusa idea que sobre las mismas tuvieron los juristas romanos quiénes o las configuraron en los más remotos tiempos como cosas corporales o las confundieron con los mismos inmuebles sobre los cuales recaían o le dieron cierta autonomía objetiva cuando las incluyeron en la categoría de las cosas incorporales. Los juristas clásicos, como lo pone de manifiesto Albertario, que consideraron las servidumbres cosas incorporales, no pudieron incurrir en el error de admitir que pudieran ser objetos de posesión, de tradición, de usucapión ; fueron los compiladores bizantinos los que al expiritualizar la posesión y extenderla a ciertas cosas incorporales, las servidumbres, construyeron la categoría de la cuasi posesión y hablaron de una cuasi tradición.

Es claro sin embargo que las reglamentaciones de la propiedad destinadas a regular relaciones de vecindad no pueden ser objeto de posesión o cuasi posesión, ni de tradición o cuasi tradición ni ser susceptibles de usucapirse. Los prudentes romanos habrán empleado esos conceptos en virtud de una deficiente o poco desarrollada técnica jurídica pero no se los debe imitar.

Lo que ocurre es que los vecinos pueden comportarse durante muchos años como si existiera, aunque de derecho no exista la regulación antedicha, establecida voluntariamente por alguno de los modos que la ley reconoce. El problema es entonces saber si las servidumbres pueden establecerse por el comportamiento de los propietarios vecinos, a través de un número de años, de modo que no quede duda que han actuado como si la regulación de la vecindad hubiera sido efecticamente constituída en forma legal. Se trata de determinar si el tácito comportamiento que han tenido los vecinos, a través del tiempo que la legislación fije, es bastante para crear la norma reguladora que debió estable

cerse por el acuerdo de los propietarios. Por eso la prescripción adquisitiva en materia de servidumbres ofrece particularidades tan propias - que se diferencia fundamentalmente de la prescripción para la adquisición de los otros derechos reales. Los romanistas han advertido que algo hay que se les escapa cuando procuran aplicar a las servidumbres los principios de la prescripción común, pues confundidos por la falsa idea de que las servidumbres aunque incorporales son cosas, continuan con - el deficiente tecnicismo romano.

Por último las servidumbre son indivisibles, desde que constituyen la regulación de las relaciones de vecindad entre dos o más fundos casi no necesita demostración el carácter enunciado. La reglamentación afecta a los predios en su totalidad, no puede versar sobre una parte de los mismos y sobre otra no.

Se explica así que un condómino no pueda constituir o adquirir para el predio en copropiedad una servidumbre porque la regulación de vecindad que la servitus supone no admite que pueda recaer en otra - cosa que no sea el inmueble, y la duda que podía surgir en caso de que el propietario del predio sirviente o dominante adquiriera el condominio del predio sobre el cuál recaía o en beneficio del cuál se hallaba establecida ya una servidumbre. Podía suceder que en virtud de la división resultara en definitiva el dueño del otro inmueble y de esa manera se terminara la necesidad de la regulación, es decir se extinguiera la - servidumbre. No obstante se resolvió la duda en el sentido de que hasta que eso no ocurriera subsistiría la servitus, de ahí el aforismo de que las servidumbres si bien no pueden adquirirse por parte, se conservan - parcialmente.

Queremos terminar pues este punto con un intento de definición de la servidumbre y diremos que esta es la regulación voluntaria de las relaciones de vecindad, o sea de los intereses comunes a dos propietarios de inmuebles, en virtud de la cuál se restringe el dominio de uno de ellos en beneficio del propietario del otro, con la particularidad de que la restricción o la ventaja, por derivar de un estatuto tiene carácter objetivo, pues la reglamentación versa sobre atributos propios de los inmue

bles, haciendo así que las servidumbres sean perpetuas, indivisibles e inalienables, consistan en un sufrir o en un no hacer, y nunca en un hacer.

Las servidumbres no son en realidad verdaderos derechos subjetivos pues si consisten en una reglamentación se hallan más bien dentro de la esfera de la normación de la conducta; en todo caso se trata de una reglamentación establecida en beneficio de los particulares, de ahí el carácter dispositivo que la misma presenta, por lo que si cabe hablar de derecho subjetivo en este punto será a los efectos de señalar que dicha reglamentación depende en su eficacia de la voluntad del titular de la propiedad del predio que se llama dominante, o sea de aquél a cuyo favor se ha establecido la servitus.

315o.) Clasificación de las servidumbres.- La circunstancia de que los romanos concibieran las servidumbres como cualidades de las cosas, o como partes de estas mismas, y las asimilaran a los objetos, constituye la fuente de confusión que sobre la materia ha reinado, y se explica así las contradictorias y hasta absurdas doctrinas que sobre el tema se ha enunciado. Dicha confusión campea por todos los aspectos del tema, y de ella no se ha salvado las clasificaciones que se hacen. Como se comprende, si las servidumbres son la regulación voluntaria de las relaciones de vecindad la única clasificación lógica y natural que cabe es en la regulación de las relaciones de vecindad en la ciudad y en el campo. No obstante ello se ha realizado innúmeras clasificaciones, guiados los autores por la consideración de que las servidumbres son cosas aunque incorporales, de ahí que se hayan atenido a los modos de conducta que son los objetos sobre los cuáles recae la servidumbre o regulación y no esta misma.

Se clasifican así las servidumbres en continuas y discontinuas, según se ejerciten con prescindencia del hecho del propietario, como el acueducto, el stillicidium, o que exijan el hecho del titular del fundo dominante: el iter, etc. Afirmativas y negativas, si consisten en la facultad de hacer algo o en prohibir que el dueño del fundo sirviente realice algún acto. Evidentemente estas clasificaciones carecen de trascen

dencia, se refieren a la conducta regulada por la servidumbre y no a - esta en sí.

La única clasificación sustancial que hace a la esencia de las servidumbres es la de urbanas y rústicas pues es indudable que las relaciones de vecindad no pueden ser las mismas en la ciudad que en el a gro [illegible] sobre este punto que existen las más enconadas polémicas entre los autores que no se deciden a hallar un adecuado criterio que satisfaga a todos. Se buscaron todos los puntos de partida, se ha llegado a la alteración de los textos, cada autor ha tratado de convertir las fuentes a su favor, aún a costa de hacerlas pasar por el lecho de Procusto. Se - adoptaron así los más variados sistemas, unos tuvieron en cuenta el fundo dominante, otros el sirviente, y algunos ambos, pero si en algo estuvieron de acuerdo, los que tantas discrepancias, manifestaron, fué en dejar de lado la clasificación que consideraba como base el lugar. Sin - embargo el método más simple y seguro es el que distinga entre la regulación de vecindad en el campo y en la ciudad. Las relaciones entre - los vecinos no pueden ser las mismas en el campo oque en la ciudad ya que la misma diferencia que existe entre los inmuebles impone necesidades o beneficios distintos. Las utilidades que interesan al campesino se hallan vinculadas con la agricultura y la ganadería, mientras que en la ciudad los problemas que la vecindad crea se relacionan con la edificación. Al campo se podrá llevar la regulación urbana de las servi - dumbres cuando llegue a él la urbanización: es concebible imaginar en él las servidumbre de empotar vigar, apoyar en la pared del vecino, de recibir las luces, etc., pueda darse en el campo. Si la edificación de - las villas campesinas condujo a la necesidad de una regulación parecida a la existente en la ciudad lo natural es que ocurriera ello por ex - cepción y se siguiera considerando como servidumbre urbana, del mismo modo que si por excepción se hizo necesario constituir el iter en la ciudad se la siguiera considerando una servidumbre rústica. Por eso la teoría que considera que la servidumbre es rústica, con prescindencia del - lugar si subsistir aunque no existieran edificios, es la que más se acerca a la verdad.

Las servidumbres no han surgido como consecuencia de una sis-

tematización previa que las clasificara de antemano en rústica y urbanas, sino que aparecieron a medida que las necesidades las imponían, - por lo que más que por rústicas por ejemplo se las conocería durante - muchos años por los nombres de cada una iter, actus, etc., y lo mismo - ocurriría con las urbanas que aparecieron con motivo de la reconstrucción de Roma después del incendio de la ciudad por los galos. Se estereotiparon así las principales servidumbres de manera tal que resultaría difícil confundirlas. Las tentativas de agruparlas en categorías - tiene que haber sido posterior. Por lo pronto unas nacieron para satisfacer necesidades rurales, de la agricultura y la ganadería, y las otras necesidades provenientes de la edificación, sobre todo cuando los edificios debieron, por falta de espacio, construirse unos junto a los otros. Luego el criterio de distinguir las servidumbres por el lugar es el que primero debió saltar a la vista. Ahora bien si resultaba conveniente - establecer la servidumbre de iter, como en el caso de un inmueble cuyo propietario para mayor comodidad buscara salida por el predio vecino, no es de extrañar que siendo dicha servidumbre por lo general rústica se la siguiera considerando como tal. La salida además no beneficia solamente al edificio sino principalmente al terreno; lo mismo ocurriría con la servitus servidumbre de acueducto. El mismo fenómeno se produciría de resultar que en el campo se constituyera una servidumbre que por lo general se establecía en la Ciudad.

No faltaron discrepancias y así Neracio en D.8, 3, 2, llama- rústicas las servidumbres de levantar más alto y obstruir la luz para la villa vecina, o la de avanzar alero, o de cloaca, no obstante ser típicas servidumbres urbanas.

La teoría más difundida en cambio desde la Glosa y sobre la - base de I.2, 2, 73 dónde se habla de "iura praediorum", consideró urbanas las servidumbre si el fundo dominante es un edificio, aunque el- sirviente no lo fuera, y cualquiera sea el lugar de su ubicación, el campo o la ciudad. Una minoría sostuvo que debía estarse a la condición- del predio sirviente siguiendo a Ulpiano D.6, 2, 11, 7 1 que considera al fundo sirviente para calificar en el caso del texto la servidumbre

de acueducto a la que llama urbana porque aquél es una casa(domus).

Autores hay que sostienen que el criterio de la distinción debe buscarse en el destino de los inmuebles:si es la explotación económica o la habitación o el placer, Voci, op.cit.p.209. Pero Ulpiano en D. 50, 16, 198 nos enseña que todo edificio es un predio urbano cualquiera sea el lugar y el fin para el que se lo utiliza, D, 8, 4, 1, pr.

Todas las teorías sin embargo llegan a la misma conclusión .

Para Paulo D. 8, 1, 3, las rústicas serían las que concierne al suelo, y las urbanas a los edificios o sea a la superficie. Otros consisten en un hacer y las urbanas con las que consisten en tener algo en el predio sirviente o prohibir algo a su propietario.

Se señalan también las diferencias que hay entre ambas clases de servidumbres:las rústicas discontinuas;las urbanas, continuas;las primeras siempre son afirmativas, las segundas pueden ser negativas. Los que interpretan equivocadamente D. 20, 1, 12, Paulo agregan que las rústicas son enajenables, pero ya hemos visto que eso no es así y cuál es el sentido que debe darse al citado fragmento. Se dice asimismo que las rústicas se pierden por el no uso, mientras que para que se extingan por prescripción las urbanas se requiere lo que se llama "usucapio libertatis" que consiste en un acto contrario a la naturaleza de la servidumbre, realizado por el propietario del fundo sirviente a vista y paciencia del propietario del dominante, durante el plazo o los plazos fijados por la ley.

Finalmente sólo las servidumbres rústicas, y de ellas las 4 más antiguas:iter, actus, via y aquaeductus, eran res mancipi:las urbanas fueron siempre res nec mancipi.

Hay otra clasificación de las servidumbres en aparentes y no aparentes según se exteriorice la misma de modo de ser percibida, como por una puerta, una ventana, o que no se evidencie por signo material alguno.

316o.) Modos de constitución de las servidumbres.- También es esta un punto controvertido pues se discute si basta el simple negocio jurídico por actos entre vivos, o mortis causa, o se requiere además

un "modus adquirendi", desde que siendo las servidumbres derechos reales valdría para ellas el principio de que ningún derecho de tal naturaleza puede establecer por el simple acuerdo de voluntad, aunque este revista formas solemnes, si no es al mismo tiempo un modo de adquirir previsto por el derecho.

Los que se pronuncian entonces por la afirmativa exigen en consecuencia la tradición, además de una justa causa, para que se pueda constituir la servidumbre, salvo excepciones, que en todo caso confirman la regla, y entonces se preguntan si las servidumbres, cosas incorporales, pueden ser susceptibles de traditio, para lo cuál se apoyan en textos reformados por los compiladores de Justiniano, que por obra de la espiritualización griega, llegaron a concebir no sólo la tradición de las servidumbres, sino hasta la posesión de ellas, salvo que no olvidando que es incorporalia, se apresuraron a indicar que era una cuasi tradición o cuasi posesión.

Siendo las reservidumbres modos de regulación de las relaciones de vecindad cabe admitir que la voluntad debidamente manifestada es de por sí suficiente, sin que se exija ningún otro requisito, para que dicha regulación entre en funcionamiento. Se crea con la servidumbre un "status" objetivo, conforme ya hemos dicho, y los actos o abstenciones que del mismo resultan, no son sino las consecuencia de su existencia, y no la forma de establecerse. Claro está que el hecho de que las servidumbres se hayan confundido con las cosas, y sobre todo que se las haya configurado dentro de una categoría especial de cosas ha sido causa de la confusión que reina sobre la materia. Sin embargo los romanistas modernos admiten que no era necesario oun "modus adquirendi" como, por ejemplo, la tradición.

Las servidumbres pueden constituirse por acto de voluntad, por adjudicación o por el largo uso.

Las servidumbres son regulaciones voluntarias de las relaciones de vecindad, de ahí que haya que buscar en la declaración de voluntad en el negocio jurídico, el modo adecuado de su constitución. En principio pues la libre voluntad de los propietarios es la fuente primordial

del nacimiento de las servidumbres, y sólo por excepción podrá establecerse una regulación, con prescindencia de la voluntad de aquéllos, lo que ocurrirá o bien en el juicio divisorio, cuando el juez o árbitro, en virtud de la actio communi dividuno, la familae ersciscundae o la finium regundorum, tendrá la facultad de hacerlo, o por circunstancias muy especiales a las que ya nos referiremos.

Igualmente las servidumbres pueden establecerse por el largo uso, que no es sino una forma de la expresión de la voluntad, aunque indirecta y tácita.

Tenemos así los tres modos de constitución de las servidumbres la declaración de voluntad, la adjudicación y el largo uso.

La declaración de voluntad puede ser por actos entre vivos, o mortis causa, a título gratuito u oneroso, solemne o no solemne.

El antiguo Derecho Civil sufrió una doble evolución en punto a la constitución de las servidumbres. En una primera etapa cuando no se conocía la categoría de los iura, o sea de las cosas incorporales, las servidumbres rústicas más antiguas, iter, actus, via, aquaeductus, y luego las urbanas, pudieron adquirirse mediante actos legítimos, la mancipatio la in iure cessio, o legados. Lo interesante es que para establecerlas había que transmitir el dominio a la parte a cuyo favor se iba a constituir para que esta lo retransmitiera nuevamente al anterior propietario con la decucción de la servidumbre. Ello se debía a que como no se conocían los iura in re, en la nuncupatio de la mancipatio, o en la afirmación que se hacía ante el magistrado, en la in iure cessio, no se podía reclamar sino la cosa en sí.

Con la categoría de las cosas incorporales se pudo modificar la "nuncupatio" y hacer figura en la misma el ius in re, de manera que se pudo constituir directamente la servidumbre, sin necesidad de recurrir a la compleja y peligrosa transmisión del dominio.

El derecho de gentes facilitó todavía aún más las soluciones pues admitió que se pudieran establecer las servidumbres por pactos y estipulaciones, o sea que la convención de las partes garantizada me

diante estipulación que fijaría una pena determinada en dinero en caso de incumplimiento, fué bastante para que se pudiera constituir la regulación de las relaciones de voluntad entre vecinos.

Esta forma de constitución ha llamado la atención a los autores pero creemos que es una confirmación más de la naturaleza de las servidumbres, puesto que una reglamentación objetiva creada por los particulares para la regulación del derecho de propiedad en función de las relaciones de vecindad no puede protegerse mejor que por medio de cláusulas penales para los casos en que los interesados infrinjan el ordenamiento.

Bastaba pues con el pacto para que la servidumbre se tuviera por establecida sin que se exigiera tradición de ninguna clase, cosa que por lo demás no podía tener lugar cuando se trataba de las llamadas servidumbres negativas, las que consisten en la abstención de parte del propietario del predio sirviente. Sería absurdo pretender como han sostenido algunos juristas, que se hiciera en tales casos un simulacro, con un acto de violación del propietario del fundo sirviente y una prohibición del dueño del predio dominante, seguida del acatamiento por parte del infractor.

Desde luego esa manera de establecer las servidumbres daba origen a la tutela del magistrado pero no a la del derecho civil, pues aquél sólo podía reconocer las servidumbres creadas mediante los actos legítimos, a los que era imprescindible recurrir cuando se trataba de las servitutes consideradas res mancipi, o si recaían sobre fundos itálicos.- Sin embargo constituídas sobre estos las servidumbres mediante pacto y estipulación eran protegidas por la acción Publiciana in rem.

También pudieron establecerse las servidumbres por actos mortis causa, legados y fedeicomisos; adquiriéndose directamente la servidumbre una vez hecha la adición de la herencia, si el legado era per vindicationem o adquiriendo el heredero o los herederos la obligación de constituirla, si era un legado per damnationem.

La constitución de la servidumbre podía resultar también de una manifestación tácita de la voluntad, cuando la existencia de la misma-

resultaba imprescindible para que pudiera llevarse a cabo otro acto jurídico realizado inter vivos o mortis causa. De ahí que si el propietario de dos edificios que tenían un mismo techo los enajenaba a dos personas distintas, les correspondería mutuamente la servidumbre tigni immitendi pues de lo contrario no podrían utilizar los inmuebles; lo mismo ocurriría si las dos casas habían sido legadas a beneficiarios diferentes, D, 8, 2, 36 y 37, de Papiniano y Juliano respectivamente. Legado a uno la propiedad de un predio y a otro el usufructo del fundo vecino, en caso de que el usufructuario no pudiera utilizar tal derecho sin el pasaje por el inmueble primero, podrá pedir al heredero que compela al legatario a constituir la servidumbre: D. 33, 2, 15, 7; el texto habla en realidad de ius transeudi que podía no ser una servidumbre real, aunque cabe admitir que lo fuera si beneficiaba al predio sobre el cuál tenía el usufructo. Lo mismo cabe decir de D. 30, (1), 44, 79- D. 8, 2, 10; D. 30, (1), 81, 73. Pero el usufructuario no tenía contra el legatario o el heredero sobre cuyo fundo pretendía establecer la servidumbre la vindicatio de esta. Es decir que él no podía accionar para que se reconociera la servidumbre real establecida a favor del inmueble sobre el cuál tenía el usufructo, ya que no era el propietario - D. 7, 6, 1, aunque Juliano pensaba de otra manera D, 43, 25, 3, 7.

Para poder constituir una servidumbre a favor de un imueble se requiere ser propietario, quién puede constituirla por sí o por persona sometida a su potestad, hijo o esclavo, que son instrumentos de adquisición para él, o por mandatario, o sea por persona libre, y no sometida a su poder, en cuyo caso puede ser que lo haga por intermedio del usufructuario, del enfiteuta o del superficiario. Estos sin el consentimiento del propietario no pueden adquirir servidumbre para el fundo, por lo que el derecho conseguido sobre el predio vecino podrá ejercitarlo sólo mientras dura el suyo.

Es lógico que para constituir una servidumbre a cargo del inmueble se extremen los requisitos de capacidad ya que toda servitus, para el fundo sirviente, es una restricción del dominio y un acto de enajenación. Sólo el propietario puede, en consecuencia, gravar el fun-

do con servidumbre. Y no siempre, será necesario que con ello no perjudique o lesione al titular de un derecho real sobre el predio: así podrá establecer la servidumbre aunque haya usufructuario sino perjudica los derechos de este. Si al hacerlo lesionara su ius utendi et fruendi es lógico que se pensara que sería necesario obtener el consentimiento del usufructuario. Y sin embargo nos encontramos con un texto que nos dice que aún con ese consentimiento, no sería suficiente: D, 7, 1, 15, y 7; D. 7, 1, 16, D. 7, 1, 17 pr. Lo que el fragmento de Ulpiano quiere decir es que el simple consentimiento del usufructuario no bastaba en el antiguo derecho civil, para el cuál se requería la in iure cessio, cosa que el usufructuario no hubiera podido hacer a favor de un tercero, sino solamente del nudo propietario. La solución de Ulpiano no tiene sentido en la época de Justiniano. Para ser más claros, en la época clásica era menester que el usufructuario cediera el usufructo al propietario, constituyera este la servidumbre y volviera a otorgar el usufructo al primero: el sólo consentimiento no bastaba.

Como la servidumbre configura un estatuto de la propiedad de dos predio vecinos y recae sobre alguno o algunos de los atributos del dominio, se comprende que uno de los condóminos no pueda adquirir para el inmueble que tiene en copropiedad con otros o constituir a su cargo, una limitación semejantes pues quién tiene un derecho de cuota sólo puede disponer de esta pero no de la cosa.

La servidumbre es regulación de relación de vecindad y como tal es indivisible, es una reglamentación en cuya formulación deben necesariamente concurrir los propietarios, por lo que tampoco podría arguirse que en la medida que se trate de beneficiar al inmueble común podría concebirse como eficaz la acción unilateral del copropietario ya que por razones de seguridad jurídica no sería factible que el interés del propietario del fundo sirviente quedara a merced de la eventual y problemática adjudicación del otro fundo al condómino interviniente.

Además si el condominio configura una situación de no propiedad, cómo sería posible que se pudiera establecer una regulación que, por ser voluntaria, exige de antemano y como presupuesto fundamental la determinación de los propietarios?

La estricta e inexorable aplicación del principio conduciría a la conclusión de que en caso de estar uno de los predios en condominio no sería factible la constitución de servidumbre. Pero la práctica romana no se atuvo al inflexible criterio de la lógica pues admitió que se pudiera, aún existiendo el condominio, establecer servidumbre y lo hizo sobre la base de dos construcciones jurídicas. Fingiendo primero que el concurso simultáneo de la voluntad de todos los condóminos era de por sí suficiente para el establecimiento de la servidumbre en concurrencia, desde luego, con la voluntad del sujeto del otro inmueble. Y admitiendo luego que dicha voluntad común pudiera formarse de manera sucesiva, o sea que separadamente y en tiempos diferentes cada condómino pudiera hacer su declaración de voluntad formando así con la del otro sujeto de la relación, el consentimiento. Sólo cuando se hubiera integrado la vinculación con la voluntad de todos los condóminos podía darse por completo el acto, con la particularidad que la declaración del último de los copropietarios no tenía efecto retroactivo, de manera que si en el interín alguno de los que ya habían hecho la manifestación de voluntad dejara de ser copropietario o muriera, todo el negocio quedaba sin efecto.

Significaba esto que la declaración del último copropietario carecía de efecto retroactivo pues en el caso el último acto no confirmaba a los anteriores, sino que ocurría a la inversa, estos confirmaban a aquél.

Otra singular situación es la que puede producirse cuando el propietario de uno de los fundos vecinos es copropietario del otro. Se pregunta entonces si aquél puede con el consentimiento de los otros condóminos establecer entre los predios una servidumbre.

La circunstancia de que el condominio sea una situación de no propiedad conduce a la aplicación de la regla ya enunciada y a un pronunciamiento negativo, ya que al respecto la jurisprudencia no consideró necesario apartarse de la misma. Pero habría además otra razón para la conclusión que antecede y consiste en que pudiendo resultar en definitiva propietario el condómino que era dueño del predio vecino, de o

currir ello la regulación establecida por la servidumbre se hubiera extinguido.

Motivo había en cambio para dudar si establecida la servidumbre adquirieran el condominio de ambos predios, dominante y sirviente las mismas personas pues en verdad no podía sostenerse que eran de un mismo propietario. De ahí los diferentes criterios: Juliano sostuvo que en tal caso se extinguía la servidumbre: D. 8, 3, 27, pero Paulo y Papiniano se pronunciaron por su subsistencia: D. 8, 2, 34; D. 8, 2, 30 7i.

De la misma naturaleza de las servidumbres se desprende que - si los predios vecinos son de un mismo propietario, no puede este constituir sobre los mismos el reglamento que aquéllas presuponen, de ahí- que aunque de hecho se sirviera de uno de los predios en beneficio del otro, tal situación no puede considerarse servitus.

Más si el referido propietario enajenara uno de los inmuebles- a un tercero, desapareciendo así la propiedad única sobre ambos, puede la antedicha situación convertirse en servidumbre?

Supóngase que conservara el predio a cuyo favor estableció el beneficio y enajenara aquél sobre el cúal impuso la carga. En tal caso podría entenderse que ha constituido la servidumbre mediante deducción. Es decir, al transferir el dominio, se habría reservado la servidumbre sobre el inmueble cedido.

Para el caso opuesto, o sea si se hubiera quedado con el predio gravado de hecho y enajenado aquél a cuyo favor había establecido - la ventaja, presenta dificultades. No es claro que el adquirente pudiera pretender la existencia de una servidumbre pues tal modo de constitución llamado por destino del padre de familia, no se conocía en la - época clásica, y es dudoso que existiera durante el Bajo Imperio.

Podían igualmente constituirse las servidumbres por adjudicación, la que tenía lugar en los juicios divisorios, en los que el juez estaba facultado, a los efectos de llegar a la partición de la herencia, de hacer cesar el condominio, o fijar límites, a atribuir la propiedad y a - establecer otros derechos reales.

En tales casos la servidumbre era creada por el "iudex" que su plantaba así la voluntad de las partes.

Fuera de esos supuestos sólo por excepción podía la autoridad pública compeler a un propietario a constituir una servidumbre a cargo de su predio y a favor del fundo vecino, y ello siempre y cuando la ser vitus respondiera a una imperiosa necesidad del inmueble para el cuál se pretendía y se pagara una adecuada compensación.

Para ello no había acción sino que se recurría al magistrado ex tra ordinem y este debía, si el solicitante justificaba los requisitos, com peler mediante su "imperium" a constituirla al propietario sobre cuyo fundo se pedía la servidumbre. O sea que podría imponerle multas, y - hasta dar una missio in possessionem del inmueble a la otra parte, mien tras no se aviniera a cumplir su orden, pero no podía en cambio substituirse al propietario y ser establecida de oficio por el pretor.

Se comprende que sólo en caso de justificada necesidad pudiera recurrirse a esa vía, por lo que quedaban excluídos de la misma los que quisieran la servidumbre por razones de comodidad o ventaja.

Así era un supuesto de admisión que se solicitara el iter para llegar al sepulcro hereditario o familiar (rescripto de Severo y Antonino), cuando no había otra manera de acceder al mismo, D. 11 , 7, 12- Ulpiano.

El último modo de establecer una servidumbre es la prescripción adquisitiva, sobre el cuál existen las más enconadas y confusas disputas por no haberse comprendido cuál es la verdadera naturaleza de la institución. La circunstancia que se asimilaran las servidumbres al domi - nio de las cosas incorporales, como ya se ha visto, indujo a los comenta dores del Derecho Romano a aplicar sin más las disposiciones de la usu capio o de la praescriptio longi temporis pero como por naturaleza se resentía la asimilación de las servidumbres a una institución que corres pondía a la propiedad, surgieron dudas en cuanto a los requisitos y al - cances, produciéndose así una corriente de opinión que si bien seguía el criterio común, le introducía tantas y tales excepciones que en defi nitiva venía a desfigurarlo. Por eso hubo quiénes reaccionaron contra-

este modo de considerar el problema y atisbaron en parte la verdad, al exigir principios y normas propios para la materia.

Qué fácil es sin duda la solución del aparentemente complejo problema cuando no se pierde de vista el contenido y fundamento de las servidumbres, pues si estas son una reglamentación voluntaria de las relaciones de vecindad, se trata en todo caso de saber si tal normación puede o no ser creada por el transcurso del tiempo. Sólo de manera figurativa puede decirse que se trata de adquirir derechos reales. La realidad es que lo que se procura es saber si se puede establecer un orden normativo por el comportamiento de los vecinos, continuado, pacífico y no vicioso, de modo que presuponga necesariamente la existencia de una servidumbre en el hecho aunque por derecho no se halla constituído.

Muy poco tiene que ver entonces la prescripción adquisitiva de los restantes derechos reales con la de las servidumbres.

Los que se dejaron influenciar por los aspectos ya mencionados aplicaron a las mismas lisa y llanamente las disposiciones de la praescriptio longi temporis o de la prescripción de larguísimo tiempo.

Los juristas romanos de los primeros tiempos, que consideraron las servidumbres confundidas con la misma cosa corporal sobre la cúal recaen, admitieron que pudieran adquirirse por la usucapión de dos años hasta que una ley de incierta fecha, la ley Scribonia lo prohibió.

Se discute entre los autores si dicha usucapión se refería a las servidumbres rústicas, a las urbanas o a ambas; unos opinan que sólo era posible adquirir por el uso las urbanas pues estas eran continuas; otros, en cambio sostuvieron que tal modo de adquisición sólo regía para las rústicas que eran las únicas incluídas en la categría de res mancipi. Finalmente están los que sostienen que tanto unas como otras podían usucapirse, que es la teoría más problable.

Se pregunta también cuál fué la extensión y el fundamento de la ley Scribonia? Las opiniones se hallan, en lo que hace a la primera cuestión, divididas; los hay que señalan que la prohibición sólo se refirió a las urbanas, que eran las únicas susceptibles de adquirirse por u-

sucapión; los que piensan que luego, cuando pudieran usucapirse las servidumbres rústicas, se extendió a estas, y los que dicen que la prohibición comprendía a todas las servidumbres aún a las que luego se llamó personales.

En cuanto al motivo de la ley se lo ha querido encontrar en un texto de Paulo, D. 8, 1, 14 que para justificar la prohibición dice que no hay servidumbre rústica o urbana que pueda ejercitarse de manera tal que no pueda considerarse en algún momento interrumpida en cuanto a su ejercicio. No habría, según el jurista, continuidad en la utilización o goce de las mismas.

Sea esa u otra la razón de la ley, lo cierto es que por la misma se prohibió establecer servidumbres, conforme al derecho civil, por el transcurso del tiempo.

Apareció luego un remedio pretoriano, la praescriptio longi temporis, mediante el cuál el magistrado, fundado en la equidad, tutelaba situaciones de posesión de cosas inmuebles contra la acción reivindicatoria de los propietarios, siempre que hubiera buena fé de parte del poseedor y hubiera transcurrido un plazo que el magistrado considerara razonable.

Consideradas ya las servidumbres como cosas incorporales el nuevo remedio no les fué aplicado por dos razones: primero porque sólo recaía sobre cosas corporales inmuebles, y segundo porque imitando el magistrado al derecho civil se atendría a la prohibición establecida en este último por la ley Scribonia. Lo que no es cierto que se admitiera por excepción que el que había perdido por el no uso o por la usurpación de un tercero, la servidumbre la pudiera adquirir por usucapio pues la interpretación que se hizo de Paulo, Sentencias, Lib.1, tit.17, 72 fué equivocada. No se trata de un caso de adquirir por el uso la servidumbre sino de no perderla por el no uso como lo ha puesto de manifiesto Cuiacio.

El emperador Antonino extendió la praescriptio longi temporis a las cosas muebles y luego los juristas construyeron la teoría de la cuasi posesión de las servidumbres junto con la de la cuasi traditio, de manera

que en la época post clásica aplicaron a aquéllas las normas de la prescripción común o extraordinaria.

Pero ya el pretor, intuyendo lo que era la realidad, había, fuera de la praescriptio longi temporis, promovido la tutela de las servidumbres constituídas tácitamente, por el continuo ejercicio de las mismas a través de los años, tutelando la situación, como si se tratara de una servitus constituída conforme a derecho, siempre y cuando no fuera violenta, viciosa o clandestina.

Podía suponerse que si a vista y paciencia de los propietarios se había ejercido a favor de un fundo y a costa del vecino una servidumbre durante muchos años, era porque o había existido una constitución original de la que ya no se tenía memoria, o bien porque la servidumbre reposaba en la misma voluntad de los propietarios.

El magistrado tuteló la situación acordando la protección interdictal, y además, en el juicio ordinario, el largo uso de la servidumbre realizado pacíficamente, sin los vicios de violencia, clandestinidad o precario, hacía presumir que aquélla había sido constituída de manera legal. Era pues una presunción que servía para la prueba de la servidumbre, frente a la acción negatoria del propietario del fundo sirviente, quién debería, a su vez probar, que dicha servidumbre no había sido establecida o que se había extinguido.

Posteriormente el pretor habría concedido al que había ejercido por largo tiempo la servidumbre a favor de su predio y sobre el vecino la acción reivindicatoria útil, con lo cuál se facilitó la asimilación a la adquisición por el tiempo y la posesión de los otros derechos reales, como la propiedad.

Pero todavía existía un serio obstáculo para que dicha asimilación se produjera y era la imposibilidad de concebir la posesión de las servidumbres. Cuando se creó la categoría de las cosas incorporales y cuando los juristas de la época postclásica elaboraron la teoría de la cuasi posesión y de la cuasi tradición, se dió el paso definitivo que llenó las dificultades que existían para aplicar a las servidumbres la praescriptio longi temporis. Y se llega así a Justiniano C. 7, 3, ley única

quién completó el proceso evolutivo.

La referida asimilación no fué sin embargo completa al punto que la prescripción adquisitiva de las servidumbres mantuvo caracteres propios que ponen de manifiesto hasta que punto la absorción total de aquélla dentro de la praescriptio longi temporis era falsa.

Por lo pronto para la anterior prescripción extraordinaria que había admitido el magistrado no cabía hablar de la existencia de justo título, pues lo que aquélla procuraba era, precisamente, suplir su falta.

Bastaba con el ejercicio continuado y no vicioso, durante largo-tiempo de la servidumbre, a vista y paciencia del propietario del fundo sirviente, de manera que no sería posible amparar la situación del que había constituído para su inmueble una servidumbre a cargo del predio vecino cuando lo había hecho con un poseedor de este último que no era el propietario. La constitución a non domino no cundiciría al principio a la prescripción, ni se exigiría la buena fé, pues lo que el largo uso pretendía era la presunción de la existencia de un título cuya prueba no podía darse de otra manera.

En cambio con la absorción del fenómeno por la praescriptio longi temporis, los juristas trataron de incorporarlo en lo posible a la teoría de la prescripción común y admitieron que pudieran adquirirse con el uso la servidumbre constituída a non dominio, aunque mantuvieron la exigencia que en tales casos se requiriera siempre el conocimiento del propietario del fundo sirviente aunque este estuviera en posesión de un tercero. Sin embargo no exigieron el justo título aunque sí la buena fé de parte del usucapiente, con la particularidad de que esta debía subsistir durante todo el tiempo de la prescripción, no bastando, entonces, que fuera inicial.

Justiniano estableció que pudieran adquirirse las servidumbres por la prescripción de 10 años entre presentes y de 20 entre ausentes; exigió la buena fé del que usucapía pero al comienzo del ejercicio de la servitus, y suprimió el requisito del conocimiento de parte del propietario del fundo sirviente. No exigió en cambio título alguno.

No obstante eso hay autores que exigen, cuando no hay título, la buena fé de parte del usucapiente durante todo el tiempo de la prescripción, aduciendo que el que posee "pro suo", en cuanto sepa que no tiene derecho alguno, pierde el fundamento para la usucapión.

La buena fé se presume, mientras no se pruebe lo contrario, aunque tampoco este principio es pacífico en la doctrina.

Hemos dicho que para adquirir las servidumbres por usucapión no era necesario un justo título y que así lo habría dispuesto Justiniano. Sin embargo hay autores que sostienen lo contrario sobre la base de C. 3, 34, 2 y C. 8, 3, 12: el buen comienzo de la posesión a que se refiere Justiniano, sería para ellos la necesidad de que exista el justo título.

Otros en cambio señalan que como las leyes sólo requieren una posesión no viciosa, consideran superfluo el justo título y aún es más, - ni siquieran exigen el conocimiento de parte del propietario de la cosa sobre la cuál se ejercitan los actos de la servidumbre.

Los hay que distinguen: si la servidumbre, sin título, se la ejercita a vista y paciencia del propietario del fundo sobre el cuál recae, mediante actos que no son viciosos, se podrá adquirir por el transcurso del tiempo. En cambio si dicha tolerancia deriva de un no propietario se exige por estos autores el justo título, aunque no el conocimiento del propietario del fundo sobre el cuál recaen los actos que tienden a la constitución de la servitus.

Con respecto a los plazos también existen discrepancias. Para unos se adquiere la servidumbre con el ejercicio durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, si se ha hecho a vista y a paciencia del propietario del predio sobre el que recae la servidumbre, haya o no justo título. Otros, dicen, que si no hay justo título sólo puede adquirirse a los 30 años.

Si el usucapiente realiza los actos de la servidumbre frente a un poseedor que no es propietario del fundo sobre el cuál aquéllos recaen, y carece de justo título o en su defecto, lo ignora el verdadero -

propietario, la prescripción se cumple a los 30 años. En cambio si tiene justo título o ha obrado con el conocimiento del propietario, usucapirá a los 10 años o 20 según se trate de presentes o de ausentes.

Los plazos antedichos de 10, 20 o 30 años, se cumplen siempre y cuando los predios sobre la propiedad de los cuales recaen las servidumbres se puedan usucapir en iguales tiempos; ya que si el dominio de estos se adquiriera por el uso por plazo mayor, como ocurre con los inmuebles del Fisco o de las Iglesia, que se adquieren por prescripción a los 40 años, este también sería el plazo exigido para constituir por tal modo las servidumbres.

Si el que usucape la servidumbre enajena el fundo a un tercero, se pregunta si este podrá continuar la usucapión, Dabelow lo niega sosteniendo que la prescripción de las servidumbres constituye una teoría distinta de la prescripción de la propiedad. Con el largo uso lo que la ley quiere es llegar a la presunción del título legítimo, de ahí que deba ejercitarse a la vista y paciencia del propietario y por todo el plazo legal. Pero Gluck señala que ello será así siempre y cuando el que usucape carezca de justo título, pues si lo tuviera, no siendo menester el conocimiento del verdadero propietario, no se ve porqué no podría., continuar la cuasi posesión el sucesor a título particular.

De interrumpirse la prescripción de la servidumbre el poseedor nada podrá reclamar por los gastos y obras hechos en la cosa ajena, C. 3, 34, 2.

317o.) Las modalidades.- Las servidumbres reales en virtud del derecho civil, no podían constituirse desde un cierto tiempo hasta un plazo dado, ni bajo condición suspensiva o resolutoria, D. 8, 1, 4 Papiniano. Quizá la razón de que las servidumbres no podían establecerse con tales modalidades radicaba en la circunstancia de que cómo se constituían por los modos del antiguo derecho, la mancipatio, la iniure cessio, que eran actos legítimos y estos en los tiempos más primitivos no podían admitir tales accidentes, perduró en aquéllas el rasgo citado de las vetustas instituciones.

Sin embargo por obra del derecho honorario oy a través de los

pactos pudieron constituirse las servidumbres reales con condición suspensiva o resolutoria, también se admitió el plazo. Papiniano D, 8, 1, 4

De ese modo por medio de la convención se pudo limitar el ejercicio de la servidumbre, disponiéndose por ejemplo que se utilizaría por el propietario del fundo sirviente en ciertas horas, o en días alternados por ejemplo, Gaio, D, 8, 1, 5, 7, o bien que se ejercite el iter sólo de día, Juliano D, 8, 4, 14, o que se utilice el acueducto de día o de noche, D, 43, 20, 2 Pomponio. Cuando se delimita el ejercicio de la servidumbre por el tiempo en la forma ya indicada, la limitación concierne al modo de su ejercicio pues la servidumbre, en tales casos, no deja de ser perpetua, D, 8, 1, 4, 72, Papiniano.

Dentro del "modus" se hallan las particularidades concernientes al ejercicio de la servidumbre, como la clase o tipo de vehículo a emplear en el iter o el actus, o en este último la mercadería a transportar etc, D, 8, 1, 4, 7 Papiniano.

La limitación del ejercicio de la servidumbre real puede resultar necesaria pues si el propietario del fundo sirviente se dispone a ceder el iter a varios propietarios vecinos sobre el mismo lugar de su predio, tendrá que pensar en limitar conforme a las horas la utilización de la servitus por los distintos titulares, Neracio D, 8, 3, 2, 7.

Lo mismo ocurriría si se tratara de conceder a varios la servidumbre de acueducto o de "aquae haustus" (sacar agua), a menos que haya tal cantidad que resulte suficiente para todos los predios vecinos a cuyo favor se han constituido o se van a constituir esas servitutes, D, 8, 3, 2, 72.

De constituirse varias servidumbres de la misma especie a favor de dos o más propietarios de fundos linderos sin que se convenga en cada caso el modo de ejercicio de las mismas, de no poder concurrir todos los titulares al mismo tiempo, se procederá a la determinación judicial por una acción útil de división de condominio, Juliano D, 43, 20, 4: refiriéndose al acueducto y al "aquae haustus". Si uno de los beneficiarios tiene el derecho de transportar por el acueducto el agua cotidiana y el otro sólo el agua del verano, la división ver-

sará desde luego sobre el transporte del agua en la época del estío, D. 43, 20, 5 Juliano.

Para que puedan cederse a varios dueños de diferentes fundos-servidumbres por el mismo lugar del predio sirviente es menester que las mismas resulten, por su naturaleza, compatibles. Así por el mismo lugar no puede constituirse sobre el fundo el iter a favor del predio de Sempronio, y el aquaeductus a favor del predio de Ticio, D. 8, 3, 14- Pomponio.

318o.) Contenido de las servidumbres reales.- Las servidumbres restringen las facultades que le confiere la propiedad al dueño del fundo sirviente, de ahí que este no pueda hacer en el mismo nada que resulte perjudicial o que constituya un obstáculo para el ejercicio de la servidumbre que sobre el predio pesa, sin el consentimiento o la autorización del propietario del inmueble dominante. Contra la voluntad de este nada puede hacerse que resulte en detrimento de la servidumbre. Y no se requiere que se oponga, basta que no consienta, de manera que si el dueño del fundo sirviente hace algo en perjuicio de la servidumbre del fundo dominante a vista y paciencia del propietario de-aquél, que sea infante o furioso, se entiende que ha obrado contra su voluntad, D, 8, 2, 5, Ulpiano, ya que sería preciso un consentimiento que no podían dar, uno por la edad, y el otro por su enfermedad mental.

Constituída a favor de la casa vecina la servidumbre de recibir el agua de lluvia de su techo, gota a gota, el dueño de la casa sirviente no puede edificar de modo que rechace el agua D, 8, 2, 20,-73; debe construir sólo hasta el límite en que el agua cae, D. 8, 2,-20, 76. Concedido el iter o el actus por todo el campo, el propietario de este nada puede hacer que obstaculice el ejercicio de esas servidumbres por toda la superficie: D.8, 3, 13, 71; D.8, 5, 9, pr.

Tampoco puede el propietario del inmueble sirviente constituir a favor de otro predio una servidumbre que obstaculice o impida el ejercicio de la primera: como permitir que se haga sobre el camino o lugar dónde se ejercita el iter un arco para conducir agua, D, 39,-3, 11, pr.

Si el propietario del fundo sirviente comienza a edificar en perjuicio de la servidumbre, como si construye en el lugar por donde se ejercita el iter o la vío, podrá el titular de estos derechos hacerle la denuncia de obra nueva. Cuando con motivo de lo edificado o bien de lo destruído por el propietario del predio sobre el cual pesa la servidumbre esta se óerde deberá restituirla y si obró con violencia o clandestinidad se concede el interdicto quod vi aut clam, D. 43, 24, 15 y 8; D. 43, 24, 21 y 3, C. 3, 34, 5, debiendo además pagarse los daños y perjuicios ocasionados.

El dueño del predio dominante debe utilizar la servidumbre en beneficio del fundo, no pudiendo con ella favorecer por ejemplo a un vecino. Labeon tratándose del acueducto opinaba sin embargo que podía hacerlo, pero se siguió la teoría restrictiva de Proculo D.8, 3, 24 Pomponio. Vendido por el propietario el fundo superior con la cláusula de que el comprador podría derivar por canal el agua del mismo al inferior que era del dominio del vendedor, no podrá aquel mandar por la zanja otra agua que no sea la de su fundo, de modo que no podrá hacer derivar por ese cauce el agua del c vecino, D.8, 3, 29 Paulo.- De igual modo el que tiene la servidumbre de cocer cal en el fundo vecino, o de extraer de este tiza no puede hacerlo mas allá de lo que beneficie a su predio, Ulpiano D.8, 3, 5 y 1. Cuando el derecho es de sacar arcilla o greda para hacer vasos, solo podrá utilizar el material para hacer los recipientes que le sirvan al dueño del fundo dominante para exportar los productos de su tierra, pero no para hacer vasos y comerciar con su venta, pues entonces se trataría de un usufructo y no de una servidumbre real, D.8, 3, 6 Paulo.

El propietario del fundo dominante tiene derecho a todo lo que resulte necesario para que su servidumbre pueda ejercitarse; así si tiene el derecho de sacar el agua del fundo vecino (aquae haustus), se entiende que tiene el derecho de tránsito por el mismo (iter) de manera que pueda llegar a la fuente y tomar el agua; lo mismo si se le ha cedido el derecho de ir hasta el manantial, se sobreentiende que se le ha concedido también el ius hauriendi (de sacar el agua) D.8, 3, 3 y 3 Ulpiano. Desde luego que si el agua se toma del río público solo-

habrá servidumbre de pasaje (iter) pues sobre aquel no puede cederse - el aquae haustus.

Legado el iter, podrá cavarse, sacarse la maleza, hacer en fin lo que resulte menester para que la servidumbre pueda ejercitarse, D.8 1, 10, Celso. Cedido el iter a favor de una casa que está a un nivel - superior que el terreno vecino por donde la servidumbre debe ejercitar se, podrá el propietario del edificio hacer las escaleras que resulten - necesarias para que pueda pasar de su terreno al fundo sirviente, D.8, 2, 20 (19) y 1 Paulo. Para la servidumbre de acueducto el propietario del predio dominante puede colocar tubos o caños junto a la fuente- que permitan un pasaje más grande o mas rápido de agua, siempre que no disminuya el caudal en perjuicio del propietario del predio sirviente, D. 8, 3, 15, Pomponio. Puede igualmente hacer las obras necesarias para reparar las orillas del manantial, enviar obreros con ese fin, y que el dueño del fundo le deje un espacio a derecha e izquierda de la fuente, donde colocar tierra, cal, materiales, etc. D. 8, 5, 11 y 1 - Pomponio.

De ahí que el propietario del predio sirviente debe facilitar al del fundo dominante el acceso a lugares de su inmueble adonde sea necesario llegar para refaccionar o mejorar las obras que permiten el ejercicio de la servidumbre; por eso junto o sobre las orillas del manantial o la fuente de donde se deriva el acueducto, el propietario del fundo- sirviente no puede hacer lugar religioso, pues de ese modo podría impedir los trabajos que resultaran necesarios para el ejercicio de la servi - dumbre. Igualmente el titular de esta podrá levantar o bajar las orillas del manantial a menos que haya convenido lo contrario D.8, 5, 11.

Las obras que realice el propietario del fundo dominante para - ejercitar la servidumbre no deben dañar al fundo sirviente, ya que solo debe soportar este los perjuicios que deriven de la misma naturaleza - del gravamen, pero no los que provengan de la mano del hombre. De - modo que si las cañerías puestas para el acueducto dañan al predio sirviente su propietario podría accionar con una actio in factum contra el propietario del inmueble dominante y podrá compelerlo a prometer por

estipulación la caución de daño no hecho pero temido, D.8,2,18(17), Pomponio. Los perjuicios que deriven al fundo gravado como consecuencia de hechos de la naturaleza, como por ejemplo si aumenta el agua en la orilla por obra de las lluvias, o porque se hallara otra fuente que incrementara el caudal de la primera, no están a cargo del titular de la servidumbre; debe soportarlos el fundo sobre el cual aquella pesa, D. 8, 3, 20 y 1 Pomponio.

319o.) Servidumbres urbanas.- Urbanas se llaman las servidumbres cuya existencia no puede concebirse sin que haya en los predios un edificio, aunque se hallen ubicados en el campo, D.8, 5, 1 Ulpiano. Señala Pothier, Pandectas, en latín, op. cit. Lib. VIII, tit. 2 p. 363 que en ese fragmento se distinguen los predios urbanos por la clase de las servidumbres y no por el lugar como ocurre en cambio en D. 8, 3, 2, Neracio que enumera entre las servidumbres rústicas la de levantar más alto y afectar la villa del vecino, o la de conducir una cloaca por la villa o casa vecina o tener sobre la misma un alero. Ya hemos estudiado el referido texto y las distintas explicaciones que se han intentado para esclarecerlo. O bien se incurrió en error por un copista colocando "servidumbres de los predios rústicos" en lugar de poner "servidumbres de los predios urbanos" o habrá que pensar con Arno que el lugar fue al comienzo el único criterio para distinguir ambas clases de servidumbres, o, como sostiene Gluck, que era factible que las mencionadas servidumbres de levantar más alto, de conducir cloaca, tener tejado o alero en el fundo vecino, podían ser rústicas cuando podían constituirse sin que hubiera un edificio.

Gaio D.8, 2, 2, enumera entre las servidumbres urbanas las de levantar más alto (altius tollendi), de quitar u obstruir las luces al vecino, o las mismas pero concebidas en forma negativa: no construir mas alto, etc.; las de verter el agua de la lluvia gota a gota en el techo o la superficie del fundo vecino, (stillicidium) (avertendi), o de no verterla (stillicidium non avertendi), de empotrar la viga en el edificio vecino (tigni inmittendio), de tener balcones, ventanas (proiiciendi), o alero o tejado sobre el mismo (protegendi). Tambien estaba la servitus oneris ferendi, de apoyar columna o el edificio en la pa-

red del vecino, y la de enviar el humo D.8, 5, 8 y 5, algunas servidumbres que por lo común son rústicas pueden , a veces, constituirse como urbanas, por ejemplo la de aquaeductus D.6, 2, 11 y 1, D.8, 2, 18 y 19; el iter D.8, 5, 7 y 1, aunque entonces el tránsito o pasaje solo puede llevarse a cabo de día, D .8, 5, 14, ver Gluck op. cit. lib. 8 , tit. 2, p. 177 edic. italiana.

320o.) Servidumbres urbanas: altius tollendi y altius non tollendi.- Strabon en su Geografía, lib. 5, Vol. 3, Milano 1833, edic. ital. lib. 5, cap. 7, ps. 60 y 61 nos dice que Augusto prohibió edificar a lo largo de las calles públicas de la ciudad edificios con una altura superior a los 70 pies (unos 21 mentros). También Nerón dispuso disminuir la altura de los techos de las casas cuando tuvo lugar el terrible incendio que destruyó totalmente 3 secciones de la ciudad y dañó seriamente a otras 7, Tacito, Annales, lib. XV, cap. 43, colec. Nisard Paris 1869, ps. 247 y 248. Al principio el propietario no podía en absoluto edificar más alto de esa medida, pero luego se le permitió siempre que contara con el consentimiento del propietario vecino. Gluck, op. cit. 2ed. ital. lib. 8, tit. 2, p. 184, C.8, 10, 12, el emperador Zenon impidió edificar junto al mar por encima de los 100 pies (unos 30 metros), disposición que generalizó Justiniano C.8, 10, 13; en la constitución de Zenón, y 4 se permitió levantar más alto de los 100 pies si se convenía así con el vecino mediante pacto.

Para edificar más alto en principio no se requiere contar con una servidumbre real pues el propietario del suelo lo hace en virtud de su derecho de propiedad. Sin embargo pueden existir disposiciones o normas edilicias establecidas por reglamento o fundadas en la costumbre que restinjan en el lugar la altura de la edificación, como las ya indicadas. Cuando las restricciones se fundan en el orden público no podrán sin duda alterarse, pero si se han establecido a favor de los vecinos, con el consentimiento de estos se podrá ultrapasar el límite de edificación constituyendose a favor del propietario, en tal caso, una servidumbre, la de altius tollendi.

De no existir en la ciudad olugar normas que delimiten la altura de los edificios, recobra el propietario su facultad de hacerlo -

dentro del terreno de su dominio D.8, 2, 9 Ulpiano, aunque con ello se obstruya o impida la luz al fundo vecino, D. 8, 2, 10. Para que el propietario en tal caso pudiera ser impedido por el vecino de edificar mas alto se requeriría que sobre su inmueble existiera a favor del de aquel la servidumbre altius non tollendi, C. 3, 34, 8.

Surge también una restricción a la facultad de edificar mas alto en la norma que establecía que el vecino debía permitir el paso del aire suficiente al fundo ajeno para que se pudiera aventar el grano C. 3, 34, ley últ. que es una de las 50 decisiones de Justiniano: en tal supuesto podía prohibirle construir mas alto a menos que le hubiera constituído a su favor la servidumbre altius tollendi.

Podía igualmente ocurrirque el propietario en virtud de contrato se hubiera obligado con el vecino a no edificar mas alto constituyendo a favor del inmueble de este la servidumbre altius non tollendi: D. 8, 2, 21 Pomponio: supone el caso de las servidumbres de stillicidium y altius non tollendi a favor de un inmueble, cuyo propietario concede al del fundo sirviente el derecho de edificar mas alto, aún contra su voluntad, podrá hacerlo siempre que no obstruya el ejercicio de la servidumbre de agua. O si el propietario del inmueble adquirió porprescripción con respeco al fundo vecino la servidumbre de altius non tollendi y le permite luego al dueño del predio sirviente edificar mas alto. Pero esta explicación que da Gluck, op. cit. lib. 8, tit. 2, p. 188 no convence ya que no se ve la necesidad de constituir en tales casos una servidumbre existiendo el expediente mas simple de la renuncia que hiciera el titular de la servidumbre altius non tollendi.

Connanno, Bachovio señalan que las servidumbres altius tollendi y altius non tollendi iban siempre unidas y eran en definitiva la misma cosa; el titular de la servidumbre altius non tollendi tenía a su vez la libre facultad de edificar en su inmueble más alto. Se objeta a esta teoría que las fuentes se refieren a ambas servidumbres como independientes entre si, que si bien puede considerarse la servidumbre altius non tollendi como medio necesario para que el titular pueda ejercer la altius tollendi, ya que si el propietario del predio sirviente pudiera construir mas alto podría hacer inútil la servidumbre altius tollen

di del vecino, pero ello no significa que el que tenga la altius non - tollendi sobre el inmueble contiguo pueda levantar ilimitadamente mas alto, Gluck, op. cit. p. 189, y que el que tiene la servidumbre altius tollendi podrá impedir que el fundo o edificio sirviente se levante mas alto en la medida que impida el ejercicio de su servidumbre.

Voet, Heinecio, pensaron que la servidumbre altius tollendi - consistía en que el titular de la misma pudiera levantar el edificio o muro sirviente, a su costa, hasta la altura que creyera conveniente para las necesidades o utilidad del propio. O sea que el titular de la servidumbres podría efedificar, a su costo, sobre el muro o el edificio - del predio sirviente, pero contra esta teoría se hallan las palabras de I, 4, 6 y 2 que refiriéndose a la altius tollendi dice que es el derecho de levantar el edificio propio.

Thibaut sostuvo que la servidumbre altius non tollendi tenía - lugar cuando el edificio del fundo sirviente no podía elevarse hasta - la altura permitida por las leyes o disposiciones municipales, y la altius tollendi era la que impedía al propietario del fundo sirviente bajar el edificio o el muro, para beneficio del inmueble dominante, - Gluck, op. cit. p. 193.

El titular de la servidumbre altius tollendi puede levantar mas alto el edificio siempre que no grave al inmueble inferior y sirviente de manera mas onerosa que la que deba sufrir por la naturaleza misma de la servitus. D. 8, 2, 24, Paulo que Gluck interpreta en cambio - como que se refería a la servidumbre tigni immitendi, a diferencia de Pothier que la considera una especie de altius tollendi.

Cuando las partes al establecer la servidumbre altius tollendi - no han fijado la altura hasta la cual pueda ejercitarse deberá dejarse lo misma a la decisión de un árbitro, D. 8, 2, 10, Ulpiano.

La servidumbre altius non tollendi consitía en que el propietario de un inmueble restringía su libertad natural de edificar mas alto - en beneficio del fundo vecino, y constituye una servidumbre negativa pues genera el derecho de prohibir. Las partes pueden establecer - la altura más allá de la cual el dueño del predio sirviente no puede -

levantar muro o edificio, aunque puede tener jardin (viridaria), D.8, 2, 12, Javoleno.

Hay tres inmuebles vecinos, ubicados en terrenos de distinta altura, uno superior (mas alto), otro intermedio y el tercero inferior; pertenecen a tres propietarios distintos. El del fundo intermedio constituye a favor del predio superior la servidumbre altius non tollendi; el dueño del inmueble inferior conservará el derecho de edificar mas alto, y aún de levantar el muro común que tenga con el predio intermedio, D.8, 2, 25 y 1 Pomponio.

32lo.) Servidumbre de luces.- Son las servitutes luminum y nec luminibus officiatur, y se halla controvertido si constituyen ambas una sola y misma clase o si son dos y diferentes. La mayoria de los autores se inclina por este último criterio y hacen consistir la de luces en el derecho de abrir ventana en el muro propio o común para recibir la luz del fundo vecino, y la otra en impedir que el propietario del predio haga algo que pueda quitar o disminuir la entrada de luz al inmueble vecino. Así dice Paulo refiriéndose a la de luces, D. 8, 2, 4, que se constituye la servidumbre para que el vecino reciba la luz de nuestro fundo. De ahí que el titular del fundo dominante pueda abrir ventana que de al fundo sirviente, ya que sin la servidumbre no podría hacerlo D.8, 2, 40 Paulo.

La luz consiste en que se pueda ver el cielo y se distingue por ello del "prospectus" que es tener vista sobre el fundo vecino; la servidumbre de vista puede recaer aún sobre las partes inferiores de aquel no así la de luces, D. 8, 2, 16, Paulo.

Sobre la base del ya citado texto de Paulo que figura en D. 8 2, 4 cuya primera parte ya reprodujimos y que en la segunda añade " Cuando empero se impone la servidumbre, de que no se obstruya la luz esto máximamente parece que significamos, que no tenga derecho el vecino, contra nuestra voluntad de edificar mas alto, y así disminuir las luces de nuestro edificio", han negado algunos autores que la servitus luminum sea diferente a la servitus ne luminibus officiatur. Para ello en lugar de leer "Cum autem" (cuando empero), leen "Cum etiam"

es decir "Cuando Tambien" ..y se apoyan en D.8, 2, 15, Ulpiano que pareciera equiparar la servidumbre de luces a la de no obstruir la luz, diciendo "in luminibus autem non officere", o sea que en la servidumbre de luces no ha de obrarse, y sigue el texto diciendo, de modo que la luz se haga mas obscura. Ulpiano hace una comparación en ese fragmento entre las servidumbres de ne luminibus officiatur y la de nec prospectui officiatur, y no obstante ello llamaría a la primera servitus luminum. Para reforzar la tesis todavía se sostiene que las palabras "non officere" deben suprimirse y en algunas ediciones del Digesto, como en la de Haloandro no figuran. Precisamente en esas palabras que figuran en la lectio Florentina y en la Vulgata, se hacen fuertes los que rechazan tal criterio, pues, aducen, ver Gluck, op. cit. lib. 8, tit.2, p. 196, que si dice "non officere" es porque el jurista romano solo ha querido referirse a la servidumbre "nec luminibus officiatur".

Pero, en que consistía la servitus luminum? a Feuerbach le llamó la atención que si la misma estribaba en abrir ventana sobre el fundo ajeno, los romanos no la llamaron servidumbres de ventana o de ventana, y señala que así en realidad la deben haber llamado por cuanto al enumerar Gaio en sus Institutas, Epitome, lib. 2, tit.1 ñy 3 las servidumbres reales urbanas dice que son los "stillicidia" las ventanas (fenestrae), las cloacas, el erigir o no una casa mas alto, y de luces, para así que el que construya, no lo haga de modo de quitar la luz a la casa del vecino. "Haloandro agrega al texto del Epitome, despues de "y de luces", una "y", como para distinguir la servidumbre de luces de la de no obstruir las luces al fundo vecino. De todo lo cual y aún con esa corrección, dice Feuerbach que nos hallamos 1o.) con la servidumbre nec luminibus officiatur que en el texto se describe; aunque no se nombra; 2o.) con la servitus luminum que se nombra pero no se describe; y 3o.) con la de ventana. Luego, concluye, la servitus luminum no podía consistir en tener ventanas que dieran al fundo vecino y sirviente pues la misma tenía nombre propio. Vuelve entonces su atención a D 8, 2,. 4, Paulo y donde el texto dice "ut vicinus lumina nostra excipiat", como contenido de la servidumbre de luces, señala que ha querido significar que el fundo vecino reciba las luces

del fundo dominante, o sea que el sirviente debe proteger a este de - la luz, procurarle así la sombra: y en eso consistiría la servidumbre - de luces, ocurriendo lo contrario con la servidumbre nec luminibus officiatur que consistiría en que el propietario del predio sirviente no - pueda hacer nada que obstruya el pasaje de la luz al inmueble titular de la servidumbre, ver Gluck, op. cit. ps. 197, 198, 199. Con tal - explicación la servidumbre de luces sería una servidumbre de la sombra. Gaio en D.8, 2, 2, habla de la servidumbre de obstruir la luz - al vecino, lo.) que sería conforme a Feuerbach el derecho a la sombra, y lo mismo cabe interpretar leyendo D. 8, 2, 17, Ulpiano, según el autor cuya opinión resumimos. Ulpiano señala que si el propietario del fundo sirviente planta un árbol que obstruye la luz, obra contra la servidumbre (luminum), pues el árbol hará que no se vea el cielo. Si en cambio, agrega, lo que se coloca o planta, no impide la - luz, pero solo quita el sol haciendo así que el lugar sea menos grato, no actúa contra la servidumbre.

Dabelow se opone a la explicación de Feuerbach señalando - que no hay texto en las fuentes que la justifique; para él la servidumbre de luces consiste en que el propietario del fundo sirviente debe recibir la luz para que esta pase al fundo dominante, y la servidumbre nec luminibus officiatur es aquella en que el dueño del primero - no debe edificar, construir o hacer nada que impida o disminuya la - luz que tiene el fundo dominante; tal es lo que diría Paulo en D.8, 2 4. Para Dabelow la servidumbre de luces consistiría en permitir que un fundo recibiera la luz del otro o mantuviera la luz que gozaba. Cuando un edificio se hallaba construido justo sobre el confín del otro no podía recibir luces de este sin la referida servidumbre, y para impedir que el propietario del inmueble sirviente levantara un muro esque se agregaría la otra servidumbre, nec luminibus officiatur, la que no se entendería insita en la primera porque para los romanos las servidumbres eran de interpretación restrictiva. Podía igualmente estipular se: como están las luces ahora, así estén, en cuyo caso debía mantenerse el statu quo, y esto era mas beneficioso que la pura servidumbre de luces con la nec luminibus officiatur, para su titular, ya que ofre-

cia un criterio seguro para resolver los conflictos futuros, etc., ver - Gluck, op. cit. ps. 200 y 201.

Conforme a esta teoría el titular de la servidumbre de luces puede abrir ventanas o cualquier otro adminículo en la pared propia o común para recibir la luz del predio sirviente, pero no puede en cambio hacer nada para evitar que el dueño de este último haga obras que obstruyan el paso de la luz, como levantar un muro, etc,; de ahí la necesidad, si se quería prevenir tal evento, de establecer junto con la primera la servidumbre nec luminibus officiatur. Además la de recibir las luces era necesaria pues de otro modo, al abrir ventanas el propietario de un fundo en pared propia o común, le quitaría sin motivo al vecino la luz que por caer en su propiedad era suya.

La conjetura de Feuerbach tiene por fundamento principal el Epitome de Gaio que fue extractado de la ley bárbara de los visigodos, de modo qué no sería de extrañar que la servidumbre de ventana fuera una interpolación visigótica. En las instituciones de Gaio que se reconstruyen con el palompsesto de Verona esa parte ofrece una laguna, II y 14.

Gluck, op. cit. p. 206 dice contra la tesis de Dabelow que no está probado que el propietario no pudiera abrir ventana en pared propia, que se discutiera si podía hacerlo o no en pared común, y en esto parece que divergían los Proculeyanos y los Sabinianos, puede justificar el texto de Paulo, D.8, 2, 40 que Gluck limita a un caso de comunidad. Paulo se pronunció en el sentido de que ningún copropietario podía hacer algo en la cosa común contra la voluntad del otro. Tiene razón Gluck p. 208, cuando señala que resulta inverosímil que se pueda perjudicar al propietario del fundo vecino por abrir una ventana en muro de nuestra propiedad: no puede con fundamento decirse que se lo saca la luz o el aire, sin que haya necesidad de señalar como hace el autor que podría muy bien el dueño del predio vecino levantar una pared y evitar así que la luz pase a l otro inmueble. Por eso para Gluck, op. cit. p. 212 la servidumbre de luces consiste en abrir ventana en la pared común o del inmueble vecino, pero no en la pared propia.

Para Gluck la servidumbre luminum diferiría de la nec luminis-

bus officiatur en que por la primera el propietario del fundo sirviente puede construir o hacer uso de su cosa aunque disminuya o impida el pasaje de la luz al predio vecino, siempre que este reciba lanecesaria para el cultivo o la habitación, mientras que en la segunda no podría hacer nada que disminuyera el pasaje de la luz, op. cit. p. 214.

Ulpiano D.8, 2, 17 señala que cuando existe la servidumbre ne luminibus officiatur el propietario del fundo sirviente si planta un árbol de modo que disminuye la entrada de luz al vecino, obra contra la servidumbre; si en cambio no le quita la luz pero si el sol, no actuará contra la misma, salvo que la servidumbre consista en recibir los rayos del sol por tratarse de un lugar destinado a recibirlo en invierno. Si demuele o saca un árbol, no infringirá el derecho de servidumbre pues permitirá así que la luz que reciba el vecino sea mayor, y 1, aun que a veces el que saca el edificio o lo baja, causa daño a la servidumbre, como si con ello lograra que la luz retornara a su predio por refracción, y 2.

En los casos en que el propietario del fundo sirviente afecte con obras que comienza la servidumbre nec luminibus officiatur, su titular podrá hacerle la denuncia de obra nueva para que se abstenga o de caución, D.8, 2, 15.

Cuando la servidumbre negativa se constituía con la cláusula "que las luces sigan como ahora están", no era dudoso que las partes no se habían querido referirse a ventanas o aperturas futuras que pudiera hacer el propietario del fundo dominante, pero si en cambio era que se habían empleado los términos "que no se obstaculizara la luz", podía dudarse si se refería a aperturas futuras, pero se siguió el criterio mas amplio, o sea el que consideraba incluídas las luces futuras, D. 8, 2, 23, Pomponio: así entiende este fragmento Gluck, op. cit. lib. 8, tit. 2, p. 217.

No debe confundirse la servidumbre de luces o la de no obstruir las luces del vecino con la de vista o prospecto, o en su forma negativa, la de no obstaculizar la vista del fundo vecino, ya que las primeras se refieren al derecho de abrir ventana para recibir la luz del fundo ve

cino, de manera que aquella deberá tener las dimensiones que sean suficientes para que reciba la luz, no pudiendo pretenderse aberturas que signifiquen una vista o panorama sobre la casa o el predio sirviente. Esto último se consigue en cambio con la servidumbre de vista o de que no se obstruya la vista, D.8, 2, 16, Paulo.

322o.) Servidumbre de vista y de que no se obstruya la vista (prospectu).- La servidumbre de vista debe garantizar al fundo dominante el libre panorama sobre el fundo sirviente. Servían para esto las llamadas ventas prospectivas que se distinguían de las ventanas luciferas porque estas se construían en la parte superior del muro o del edificio de manera de no permitir que por ellas se mirara, a diferencia de lo que con las primeras ocurría, para las diferentes ventanas, D. 8, 2, 16.

También en este caso se discute si la servitus prospectu era la misma o era diferente a la servitus nec prospectus officiatur, sosteniendose por algunos que son la misma servidumbre, por otros que son diferentes y entre estos, unos dicen que se distinguen solo por la extensión del derecho que es mayor en el segundo caso y menor en el primero, o sea que cuando se trata de la servitus prospectus el propietario del fundo sirviente podría alzar un muro siempre y cuando no quitara la vista del fundo dominante, mientras que en el caso de la nec prospectu officiatur nada podría hacer que obstruyera en la menor medida la libre perspectiva sobre el predio vecino.

Otros autores sostienen que hay diferencia de cualidad entre ambas clases de servidumbres consistiendo la de prospesctus en el derecho de abrir ventana sobre el fundo ajeno, y la de no obstaculizar la vista en no hacer nada que pueda obstruir el panorama que tenga la casa del vecino sobre el predio sirviente, pero las leyes que se refieren al tema, dice Gluck, op. cit. p. 224, D.8, 2, 3, 12, 15 y 16, C.8, 10, 12 y 2, 3, 4 no señalan ninguna diferencia entre ambas servidumbres; tampoco lo hace Harmenopulos. De ahí que Gluck prefiera seguir el criterio de los que sostienen que no hay diferencias entre las servidumbres citadas, aunque observa que ninguna norma impide que

se apliquen, por analogías, las disposiciones relativas a las servidumbres de luces y ne luminibus officiatur, y se distingan por consiguiente las de prospectus y ne prospectus officiatur.

El propietario del predio sirviente puede embellecerlo, cuando está sujeto a la servidumbre de vista, pero no empeorarlo de modo que disminuya o afee el panorama .

323o.) Servidumbre de desviar al fundo vecino el agua de lluvia gota a gota, o de no desviarla, o de desviarla por canaleta, o no desviarla por canaleta (flumina).- La servidumbre de desviar el agua de lluvia es urbana y consiste en que el propietario del fundo-sirviente debe tolerar que el fundo vecino le envíe el agua llovida, gota a gota, o por canaleta, al propio. Cuando es gota a gota se llama "stillicidium," y cuando se recoge el agua por canaleta y se desvía al predio vecino se llama flumina.

El stillicidium es el agua que cae gota a gota del techo y la servidumbre consiste en el derecho que tiene el predio dominante de que la misma se vuelque al predio sirviente. El dueño del predio sirviente puede edificar hasta el lugar donde cae el agua de lluvia, o bien si existe ya edificio construído, puede elevarlo siempre que el agua de lluvia del fundo dominante sea recibida D.8, 2, 20 y final, - Paulo. D.8, 2, 41 y 1 Scaevola; en cambio no podrá edificar si ha de impedir o obstaculizar la caída del agua, D.8, 2, 20 y 3 y D.8, 2, 21.

En cambio la servidumbre de no recibir el agua de lluvia del techo del vecino, sea gota a gota, o por canaleta puede, dice Gluck, op. cit. lib. 8, t. 2, pag. 220 y 221, explicarse de doble modo: a) o es el derecho de prohibir al vecino que intercepte el agua de lluvia que cae en su fundo y que naturalmente caería en el prédio dominante, o bien cuando se debiera recibir por disposición municipal o estatutaria, el agua de lluvia del vecino, y en virtud de la servidumbre se adquiere el derecho de impedirlo. Schulting niega que en este último caso pueda haber una verdadera servidumbre, ya que por la convención lo que se hace es que el propietario recupere la libertad natural. Pero Gluck aduce que la servidumbre es un medio que puede utilizarse para que dicha libertad pueda adquirirse nuevamente, op. cit. p. 221.

El propietario del predio dominante no puede agravar la situación del fundo sirviente, de manera que si la servidumbre consiste en- que el vecino reciba el agua de lluvia, gota a gota, no podrá modificar el estado del techo, haciendo que el agua corra con mayor velocidad- al punto de convertirla en la servitus por canaletas, o hacer que el agua de lluvia se desvíe y caiga a un lugar del predio vecino que resulte más gravoso para su propietario D, 8, 2, 20, 75.

Lo dicho vale igualmente para los flumina que se diferencian- del stillicidium en que el agua de lluvia es recogida por canaleta y - cae torrencialmente sobre el inmueble sirviente.

324o.) Servidumbre de empotrar viga (tigni inmittendi), de tener tejado o alero, o balcón avanzado sobre el predio vecino.- El propietario de un fundo no puede, dice Pothier, op, cit.p.366 empotrar viga en la pared del vecino a menos que tenga constituída a favor de - su inmueble la servitus tigni inmmitendi. Otra cosa ocurriría si se tratara de dos casas o edificios que tuvieran un mismo techo, en cuyo caso no es necesaria la servidumbre mencionada para que se pueda empotrar viga por los propietarios en el inmueble del vecino D, 8, 2, 36.

Fuera de esa excepción, era necesario que se constituyera la- servidumbre para poder introducir viga en el muro o edificio vecino, y ello podía convenirse de dos maneras, o bien que pudiera el propietario del fundo dominante colocar cualquier viga, o que sólo pudiera- empotrar la que ya tenía. En este último caso no podría colocar una - nueva, D.8, 5, 14, Pomponio. Tampoco podría el dueño del predio dominante colocar, a los efectos de ampliar su edificio, mayor número de vigas que el que le fué concedido por la servidumbre; así entiende - Gluck, op.cit.p.180, D.8, 5, 14.

Servitus proiiciendi es, dice Gluck, op.cit.p.181, el derecho de hacer avanzar sobre el fundo sirviente un balcón, una salida, una galería, sin que se apoye sobre aquél, D.50, 16, 242, 71.

Servitus protegendi consiste en tener tejado o protección que- avanza sobre el fundo vecino, de modo que se le interrumpa la columna de aire que a aquél por derecho de propiedad le corresponde. Igual

principio fundamenta la anterior servitus proiiciendi.

325o.) Servitus oneris ferendi.- Consiste esta servidumbre en el derecho que tiene el titular de la misma en apoyar su edificación en el edificio, muro, columna o bóveda del fundo vecino, Gluck, op.cit. p. 178. Justiniano I, 2, 3, 7[1], para que el vecino soporte las cargas del vecino.

La particularidad que esta servidumbre presenta es que el propietario del fundo sirviente tiene la obligación de mantener en buen estado el muro, columna, etc. Dicha obligación no se concilia con la naturaleza de las servidumbres que consisten o en un sufrir o en un no hacer, nunca en un hacer. Cómo explicar entonces que en la oneris ferendi exista precisamente de parte del dominus del fundo sirviente la obligatio faciendi"? Además si es una obligación podrá hacerse valer la misma por la acción confesoria que tutela las servidumbres o bien, como a primera vista parecería, por una acción in personam?

La razón parece estar en que cuando se constituía dicha servidumbre se convenía que la pared se mantuviera en el estado que estaba, y la jurisprudencia entendió oque dicha cláusula de la convención quería significar que perpetuamente debía mantenerse el muro en igual condición. No pudiendo haberse querido decir que subsistiera siempre la misma pared, ya que era ello imposible, se pensó que ello equivalía a mantenerla siempre en igual estado, Paulo D, 8 , 2, 33. Fué Servio Sulpicio el que logró que los tribunales admitieran que dicha cláusula pudiera ser invocada contra cualquier propietario del fundo sirviente- D, 8, 2, 6, 72. Y se resolvió igualmente que pudiera pedirse el cumplimiento de la obligación por medio de la acción confesoria, considerando a aquélla como un accesorio de la servidumbre. En cambio no podría ejercitarse contra el simple poseedor, D, 8, 5, 6, 73, ni tampoco, por ende contra el usufructuario del predio sirviente, D, 8, 2, 1 , 71, ver Gluck, op.cit.nota 60, p.179.

Se trataría entonces de un pacto in rem que podría por eso mismo invocarse contra cualquier propietario del fundo sirviente, aún cua-

do no hubiera sido el que lo celebrara. Pero por eso mismo la responsabilidad de dicha obligación se limitó, concediendo al propietario - la facultad de abandonar la cosa sobre la cuál el vecino tenía el derecho de apoyar, D, 8, 5, 6, 72, aunque en ambos casos el propietario del predio dominante debe adelantar y pagar los gastos necesarios para sostener al edificio si corre peligro en razón de las reparaciones, D, 8, 5, 8, Gluck op.cit.p. 180.

326o.) La pared común.- Podía ocurrir que la pared que separara a - dos edificios contiguos fuera común y se planteaba entonces el problema de qué derechos tendrían los copropietarios de la misma. Proculo dijo que cada condómino podía hacer pintar en la misma pinturas aunque fueran de gran valor, con la salvedad de que si el edificio vecino se caía y se accionaba por el otro propietario en virtud de la cautio damni infecti, se valuaran las mismas como vulgares, Pothier, Pandectas, op.cit.lib.8, tit.2, p.367.

La bóveda(camera)que se hiciera en la misma, con arcilla, podía dejarse siempre que no impidiera la reparación de la pared o muro común, D. 8, 2, 19, 7 Paulo. Y podían aplicarse a aquélla, por cada copropietario, escaleras, como pensaba Sabino ya que las mismas podían sacarse, D, 8, 2, 19, 71. Y también podía construirse junto a la pared común baño aunque aquélla recibiera la humedad, a no ser que se tratara de un baño que se usara con mucha frecuencia, como un baño público, de modo que dañara al vecino, D. 8, 2, 19.

No podía en cambio colocarse en la pared común una cañería que recibiera el agua de lluvia(ex coelo) o de otro artificio(ex castello) según opinaba Proculo, D, 8, 2, 19. Tampoco se permitía al que tenía pared común con un granero o depósito vecino colocar en aquélla tubos de calefacción, D, 8, 2, 13, Proculo. Ni el condomino estaba autorizado a demoler para rehacer la pared o muro común D, 8, 2, 8, Gaio, no obstante que si fuera el copropietario de un edificio podría hacerlo. Schulting da como fundamento de esta solución que la pared común era materialmente propiedad de ambos vecinos, de modo que demoliendo afectaría la cosa ajena. Se admitió no obstante como excep

ción que se pudiera reconstruir la pared si ello era necesario, imponiendo al propietario la participación en los gastos, Paulo, Sentencias, lib. 5, tit. 10, 72.

327o.) Otras servidumbres urbanas.- La servidumbre de cloaca consistía en la facultad de hacer pasar por el predio vecino las inmundicias del propio a través de canaleta, D, 43, 23, 4 Ulpiano? - Gluck, op. cit. ps. 224 y 225. Lo delicado de la servidumbre en cuestión exigía que no pudiera sufrir daño el propietario del fundo sirviente, D. 43, 23, 1 y 7 5. En virtud de la misma podían eliminarse las aguas del lavado pero no la orina y las materias que tuvieran olor nauseabundo, que sólo podrían expelerse a través del vecino mediante la servidumbre de letrina (D.8, 5, 17, 72, Alfeno).

Está también la servidumbre de enviar el humo al predio del vecino; de no constituirse la misma el propietario puede hacer humo pero de manera que no dañe al fundo contiguo o a sus habitantes.

Ningún propietario puede arrojar agua al predio vecino salvo que se haya establecido a favor de su fundo la servidumbre de enviar el agua al area o al edificio contiguo, D.8, 5, 8, 75 Ulpiano.

Hallamos por último la servidumbre cuniculi balnearii habendi, que consistía en aportar vapor al propio baño por medio de tubos o cañerías colocadas en el edificio o en el inmueble del vecino, C, 8, 5, 8, 77.

La casuística romana no excluía que pudieran darse otras servidumbre urbanas, conforme lo exigieran las necesidades, de manera que no cabe excluir otras, además de las ya enumeradas y estudiadas.

328o.) Servidumbres rústicas. Iter, actua y via.- Consiste el "iter" en el derecho que tiene el propietario del predio dominante de ir y deambular por sendero del predio sirviente, pero no de conducir carro o transportar animales, D.8, 3, 1, Ulpiano. El pasaje está establecido para utilidad del predio dominante, de manera que la servidumbre itineris no se establece para que el propietario de aquél pueda utilizar la senda para satisfacción personal propia, sino a los efectos

de un más fácil y cómodo acceso a su predio.

El titular de la servidumbre podrá usar la senda para entrar o salir de su finca, haciéndolo a pie, a caballo o en litera: D. 8, 3, 12 - Modestino D. 8, 3, 7 pr. Paulo.

Los romanos conocieron varias clases de vehículos destinados a conducir personas; así estaba la "sella", la "lectica", las "basternae" y las "carrucae". La "sella", como su nombre lo indica, era una silla portátil, en la que la persona iba sentada y era llevada por 2 esclavos. La "lectica", era un lecho portátil una silla con asiento reclinable, conducida por cuatro, seis u ocho esclavos. La "basterna" era un vehículo con almohadones tirado por dos mulas y se destinaba a las damas. Las "carrucae" eran carros con ruedas tirados por mulas.

Todos esos vehículos estaban destinados al transporte de la persona, pero sólo podían utilizarse en el iter las sillas y las literas, no así las "basternae" y las "carrucae", pues estas correspondían a una servidumbre parecida pero más amplia, es decir al "actus".

El ancho del iter variaba; dependía primero de la intención de las partes al constituir la servidumbre, de manera que si aquélla era tal que se ejercitara por tan estrecha senda que sólo pudiera pasarse a pie, debía obrarse en consecuencia con la declaración de voluntad. Pero si no había indicio alguno de cuál había sido, en tal sentido, el querer de las partes, correspondía fijar el ancho, de suscitarse la cuestión, a los agrimensores que eran también los encargados de decidir tales tipos de conflictos. Dicho ancho variaría según la situación y condición de los fundos, las características de los mismos, la utilidad o ventaja que el iter podía reportar el predio dominante, etc. Quedaba en tal caso al arbitrio de los mensores la fijación del ancho, arbitrio que se fundaba en la buena fé, D, 8, 3, 13, 72, Javoleno.

No es concebible que el ancho del iter pudiera ser inferior a 2 pies (0,60 metros); por lo general se fijaría en 4 o 5 pies, Gluck, op. cit. Lib. 8, tit. III, p. 269.

Similar al iter era el "ius navigandi", consistente en pasar del

predio dominante a través del sirviente por un lago de este último, mediante bote, D, 8, 3, 23, 71, Paulo. Cuiacio pensó, Lib.de observaciones y Enmiendas, lib.XI, cap.3, edic.cit.t.3, fol.275, que a la definición de D.8, 3, 1, o 1,2, 3, pr.debe añadirse el derecho de navegar. Gluck dice que Marcilio se opuso al agregado propuesto por Cuiacio pues sostuvo que el bote hace el edificio del caballo, y se halla en consecuencia incluído en la definición de 1.2,. 3, pr.o D.8, 3, 1, Gluck, op.cit. lib.8, tit.3, p.269.

La servidumbre de "actus" consistía substancialmente en el derecho de conducir animales del fundo dominante por el fundo sirviente y podía contener también el derecho de paso (iter) y el de conducir vehículo, pero aunque faltaran estos dos, subsistía el actus pues por naturaleza, consistía en el transporte de animales en rebaño, mayores (armenta), o menores (pecora), como bueyes, cabras, o "iumenta" (caballos).

"Actus", dice Justiniáno en 1, 2, 3, pr.es el derecho de conducir jumento o vehículo, y en igual sentido se pronuncia Ulpiano D, 8, 3, -1., o de conducir "armenta", cuadrupedos grandes, como los bueyes de tiro, D, 8, 3, 12, Modestino.

Se puede igualmente conducir vehículo siempre que no se trate de carro cargado, pues no puede transportar ni piedra ni madera, ni llevar otra mercadería en él hasta la altura de la lanza, pues podría dañar los frutos, y necesitaría para ello la servidumbre de vía, D, 8, 3, 7.

Pero lo esencial del actus es que se pueda conducir animales grandes o pequeños, cuadrúpedos de los que suelen agruparse en rebaño, de manera que si la senda es estrecha al punto que no permita el paso con carro pero si la conducción de animales, hay "actus", D.8, 3, 13, Pomponio.

La servidumbre en cuestión, es decir "actus" incluye el "iter", D. 8, 3, 7, 71, Paulo, o sea que el predio dominante a cuyo favor se ha constituído el "actus" tiene también el "iter", pudiendo el propietario de aquél pasar a pie, en litera por el fundo sirviente, sin necesi-

dad, de limitar el ejercicio de la servitus a la conducción de animales, a menos que se haya constituído el actus sin el iter, en cuyo caso se excluye el derecho de paso que no sea el inherente al transporte de los animales, D, 34, 4, 1, Paulo y D, 8, 6, 4, 71, Ulpiano: textos contradictorios que han sido objeto de múltiples tentativas de conciliación.

Puede restringirse el "actus" además estableciendo un número tope de los animales que se pueden conducir, D, 8, 6, 11, Modestino, o la clase de animales, o bien fijándose el tipo de vehículo. Autores hay que sostienen que la servidumbre sólo autorizaba a utilizar vehículos menores, de dos ruedas, aunque no existiera limitación al respecto al tiempo de su constitución, pero no carros de 4 ruedas. Pero se rechaza esta restricción pues lo que no se podía en el actus era llevar en el carro piedras o madera u otra carga para evitar que se causara daño a los árboles del predio sirviente.

El ancho del "actus" era variable y en caso de duda era determinado por los agrimensores, D, 8, 3, 3, 72 Javoleno.

La via es la servidumbre de pasaje más amplia pues comprendía el iter y el actus y además permitía el tránsito con cualquier clase de vehículo y el transporte de cargas o mercaderías, así como el derecho de construir un camino sobre el fundo sirviente. Justiniano la define como el derecho de ir, transportar y ambular que contiene en sí el iter y el actus, I, 2, 3, pr. Lo esencial de la vía es el pasaje con vehículo por eso algunos autores proponen, en la antedicha definición, substituir el derecho de ir por el de ser llevado en vehículo, aunque cabe rechazar la corrección pues la definición de Justiniano es igual a la de Ulpiano en D. 8, 3, 1, .La servidumbre de via comprende pues el iter, el actus y el de pasar vehículo aun con carga, y se reivindicaba con una fórmula más lata que figuraba en la intentio y que decía "que es mío el derecho de ir y conducir por tu fundo", pudiendo, si lo consideraba necesario, reducirla al iter o al actus. En cambio el titular del actus no podía reivindicar el "iter" ya que no era un elemento imprescindible de su derecho: debía accionar afirmando que le era lícito conducir animales.

El titular de la servidumbre de vía la conserva aunque sólo la utilice como iter, en cambio el que tiene el actus lo pierde si durante 10 años sólo lo ha ejercitado como iter. La vía autorizaba además a transportar piedras, maderas, y carga en general en los vehículos hasta la altura de la lanza. Finalmente la vía tiene un ancho prefijado por la ley, 8 pies en las rectas y 16 en las curvas: Ley de las XII Tablas, aunque podía ser mayor o menor, siempre y cuando permitiera el pasaje de carros, D, 8, 3, 23, Paulo.

Las antedichas servidumbres deben ejercitarse por el lugar que se ha fijado al tiempo de su constitución; si ello no se ha hecho, la servidumbre puede ejercitarse por cualquier lugar del fundo sirviente siempre que su ejercicio resulte "civil", es decir que no se afecten en forma excesiva los derechos del predio sirviente: así no se podrá ejercitar el pasaje por lugares sembrados, jardines, próximos a la casa, D, 8, 1, 9, Celso. Tratándose de la vía deberá fijarse por las partes o por árbitro el lugar dónde se ubicará, siguiéndose el ancho fijado por la ley D, 8, 3, 13, 73, Javoleno.

Paulo sin embargo en D. 8, 3, 26 dice que en el legado del iter, el actus o la vía, sino se ha establecido el lugar, corresponde su elección al heredero. El texto contradice aparentemente los fragmentos anteriores en que se concedía la elección al titular de la servidumbre haciéndola pesar sobre cualquier parte del predio sirviente, a menos que no ejercitara civilmente. Se trata de explicar la contradicción limitando la solución de Paulo al legado per damnationem, D, 8, 1, 9, se referiría a un legado per vindicationem.

En principio cuando no se ha determinado el lugar por dónde se ejercerá el pasaje, todo el fundo sirviente se halla sujeto a la servidumbre, pero ubicado el lugar, por el titular del predio dominante, por el heredero en el caso ya mencionado, o bien por árbitro, la servidumbre sólo puede ejercitarse por el mismo.

Las partes pueden introducir variantes al modo de ejercicio: determinar la clase de vehículo, el tiempo del pasaje, etc. siempre y cuando no se altere la esencia de la servidumbre D, 46, 6, 13, 71 Ulpiano.

329o.) Servidumbre de pastaje.- Consiste en el derecho que tiene el propietario del fundo dominante de llevar apacentar los animales destinados al cultivo de su predio, al fundo vecino, D, 8, 3, 4, Papiniano; D, 8, 3, 6, 71, Ulpiano D, 8, 3, 3, Ulpiano. El titular de la servidumbre de pasto tiene el derecho de conducir los animales por el fundo sirviente, pero difiere del actus, porque a su vez puede detenerse en aquél para que los animales se alimenten.

La servidumbre de pastaje no excluye la facultad del propietario del campo sirviente de destinar la tierra a los cultivos que crea más oportuno, así como dejarla reposar, etc, no adquiriendo el titular de la servidumbre el derecho de prohibirle modificación o alteración en tal sentido, a menos que se haya constituido la servitus confiriéndole al dueño del fundo dominante el derecho de impedir que el del predio sirviente altere el cultivo, etc.

Si al establecerse la servidumbre no se han fijado los límites para su ejercicio es indudable que el titular de la misma no podrá ejercitarla en forma arbitraria pues deberá hacerlo "civilmente". Así no podrá impedir al propietario del fundo sirviente que realice el cultivo o la explotación propia de su campo, ni llevar animales en cantidad que exceda las necesidades del propio predio, conforme a las costumbres del lugar, ni conducir bestias enfermas, y hacerlo en los periodos que conforme a los usos locales se suele llevar los animales a pastar.

Si se trata de campos destinados a producir pastos se abren los mismos a los animales del predio dominante una vez que se haya hecho la primera, segunda o tercera recolección de la hierba, según sean campos de una, dos o tres hierbas por año. Si se trata de fundos de cultivos será necesario esperar a que llegue para los mismos el momento del reposo. Si son bosques podrá llevarse a los animales a pastar en todo tiempo, salvo aquél en que, luego de la talla, hayan comenzado a aparecer los retoños de los árboles.

Puede ocurrir que las partes al establecer la servidumbre hayan limitado el número de animales que se puedan llevar al predio sirvien-

te para el pastoreo, en cuyo caso, y si no se ha previsto por aquéllas, se pregunta si se deben o no computar en el número señalado las crías. - Los que dicen que sí se fundan en que las servidumbres constituyen una carga que debe interpretarse, en caso de duda, a favor del predio sir - viente. Los que opinan lo contrario, discrepan a su vez hasta qué mo - mento las crías no deben contarse en el número de los animales. Unos- fijan el plazo de 1 año y otros en cambio lo establecen en la época en que termina la lactancia.

El propietario del fundo sirviente tiene derecho a hacer apacen tar a sus animales en el campo de su propiedad, salvo que le haya sido quitado el mismo al tiempo y en el acto de establecerse la servidumbre. Se pregunta qué ocurre cuando ello no ha ocurrido y los pastos no son suficientes para los animales del propietario del predio dominante y - los del predio sirviente. Si al constituirse la servidumbre se ha fijado- el número de animales que el primero tenía derecho a llevar al fundo- sirviente, debe darse preferencia a los suyos sobre los del dueño del - predio sirviente. Pero si eso no ha ocurrido, los juristas discuten quién- debe ser preferido; unos se pronuncian por el dueño del predio sobre el cuál recae la servidumbre; otros en cambio favorecen al titular de esta última. Los hay que piensan que el propietario del fundo dominante - siempre tendrá derecho a alimentar el número de animales que hubiera podido él notrir en su propio campo dufante el invierno. Los hay que - distinguen si la servidumbre se adquirió por prescripción o por contra- to; en el primer caso sostienen que el titular de la misma tiene derecho a alimentar el número de animales que hubiera podido mantener en cam po de invernada; dando como razón que la prescripción es una pena que se aplica a la negligencia del propietario del predio sirviente; en el se gundo, en cambio, dicen que por la cláusula "rebus sic stantibus" que - debe sobreentenderse en el contrato, debe ser preferido el dueño del - fundo sirviente. Lo más equitativo es, en tales supuestos, reducir el nú- mero de animales de modo proporcional, ver Gluck del que tomamos es tas cosas, lib.8, tit.3, ps.299-301.

Podía todavía ocurrir que los propietarios de dos fundos vecinos

se concedieran mutuamente, y en precario, el derecho de hacer apacentar los animales de cada uno en el predio del otro, sobre todo para evitar los continuos secuestros a que darían origen los animales que de uno de ellos se pasara al otro campo, cosa que es frecuente. O bien que se otorgaran mutuamente la servidumbre. Se discute si en la duda debe presumirse el precario o la servidumbre. Unos sostienen que corresponde presumir la servidumbre; otros, en cambio, se pronuncian por el precario al que consideran menos oneroso y puede cesar con la simple prohibición que haga uno de los titulares de los predios en cuestión. Otros dicen que es una cuestión de hecho cuya prueba corresponderá al que acciones, sin perjuicio de que el precario pueda transformarse en servidumbre, lo que ocurrirá si hubiendo prohibido su ejercicio uno de los propietarios el otro continue este llevando los animales a pacer en el inmueble vecino por el tiempo necesario y sin la oposición legal del propietario del mismo. Hay quiénes tienen en cuenta el modo de ejercicio: así si se ejercitó de manera continua y regular, consideran que hay servidumbre; si se hizo en cambio en forma circunstancial y esporadica habrá precario.

Puede suceder también que el derecho común a apacentar animales en un campo derive del condominio, en cuyo caso durará hasta que se produzca la división. Y finalmente varios propietarios vecinos pueden tener constituida a favor de sus predios la servidumbre de pasto en terreno ajeno, en cuyo caso deberán utilizarla de manera que el ejercicio de uno no obstruya o impida el de los demás. Si ello no es posible habrá que recurrir al establecimiento de las modalidades pertinentes en el ejercicio por medio de la acción de división del condominio, otorgada en forma útil.

El derecho común de pastoreo puede pertenecer a los habitantes de una región o comuna sobre campos del Estado, o del municipio o aún de un particular, regulándose su ejercicio por medio de las ordenanzas o reglamentos que se dicten al respecto.

330o.) Servidumbre de acueducto.-Aque Lauctus.- Es una servidumbre rústica que consiste en transportar agua por el fundo ajeno, D, 8,

3, 1, 7 final Ulpiano, siempre que se tome el agua de una fuente perenne y viva y se utilice para la utilidad o ventaja del fundo dominante.- Puede ocurrir que el agua se tome de un manantial que está en otro lugar o terreno sobre el cuál se tenga la misma servidumbre y se adquiera esta sobre el predio vecino para hacerla pasar mediante canal: será igualmente servidumbre de acueducto, lo mismo que si se tomara del río público y se transportara por el fundo vecino.

El agua debe transportarse por tuberías, pero podrá también hacerse por canal de material siempre que se halla pactado al constituirse la servidumbre, de lo contrario, no D, 39, 3, 17, 71. Y puede constituirse sobre un predio que todavía no tenga agua, en cuyo caso el propietario del predio dominante podrá explorarlo para encontrar la fuente o manantial, D, 8, 3, 10, Paulo D, 8, 5, 21, Labeon.

El lugar por dónde ha de pasar la cañería debe fijarse en el acto de constitución de la servidumbre, pero si ello no se hubiera hecho el titular de la misma tiene la elección, y hecha ella no podrá cambiarla, debiendo elegir el sitio que no perjudique al fundo dominante: hade evitar lugares cultivados y aquéllos que harían el ejercicio de la servidumbre más oneroso, para el predio sirviente.

Varios propietarios de predios vecinos pueden tener, por el mismo lugar, la servidumbre de acueducto, siempre y cuando haya agua suficiente que decurra por las cañerías para ventaja de todos, de modo que los canales accesorios por las que se derive hacia los respectivos predios, no constituyan obstáculo o impedimiento para el derecho de los demás. Si ello no es posible, tendrán los titulares de las servidumbres que convenir la división de acueducto en cuanto al modo de ejercicio, o de lo contrario lo hará el juez mediante la actio comunni dividundo util. Podrá así dividirse el transporte del agua por días o por horas entre los distintos titulares de la servidumbre.

La servidumbre de acueducto no puede ejercitarse más allá de los límites de los fundos dominante y sirviente, y aunque los mismos se extiendan, habrá que considerar el acto de constitución para determinar

si del mismo modo podrá extenderse la servitus. No es la extensión del fundo sino la misma servidumbre la que configura el límite, C, 3, 34 12.

Si el acueducto se toma del agua de un río público que baña la orilla del fundo sirviente, y el río cambia su curso, se retira o desvía o circunfluye al predio sobre el que pesa la servidumbre, el acueducto se extingue; en cambio si cambia el límite del predio sirviente porque es su orilla acrecentada con el aluvión, la servidumbre subsiste, D, 43, 20, 3, 7 2. El texto ha originado muchas controversias entre los romanistas. Obsérvese el alcance del mismo: si el rió se retira y el fundo sirviente se enriquece con parte del alveus, y vuelva a tener orilla en el flumen, se dice en el fragmento, que aunque el terreno ganado sea de propiedad del propietario del fundo sirviente, la servitus se extingue porque cuando se constituyó el lugar acrecido no estaba naturalmente sujeto a la misma. Si el río cambia el lecho, y bordeara dividiéndose el predio sirviente, también se extingue la servidumbre pues se ha interrumpido, en virtud que no se admite que se pueda extender el acueducto al nuevo lecho. Schialoja opina que las hipótesis del texto son 2 y no tres: aluvión y caso de que el río mude el cauce: en el primero la servidumbre subsiste pues el aluvión sigue formando parte del lecho, y a través de él puede continuarse la servitus; en el segundo en cambio, cuando el río se desvía, no puede seguir el acueducto sobre el terreno intermedio, lecho abandonado, pues sobre él no pesaba la servidumbre, ver nota e) en Gluck, op.cit.lib.8, tit.3, ps.328 y ss. La desviación tiene que ser tal que el río se divida o bifurque (circumfluere), de manera de dejar entre dos brazos una porción de su lecho al descubierto. Schialoja niega que si el río se desvía de otra manera, la circunstancia de dejar el lecho que acrece al predio sirviente pueda hacer perder la servidumbre. El anotador de Gluck se niega a seguir la tesis de Schialoja, considerando que el cauce abandonado constituye otro predio, razón por la cuál se consideraba interrumpida la servidumbre, y que el caso de la llamada "circumluvio", cuando el río se bifurca puede ocurrir de tal modo que el lecho abandonado vaya a distribuirse entre el propietario ribereño del predio sirviente y el de la otra margen, quedando así también interrumpida la servitus.

Una forma de la servidumbre de acueducto es la de desagotar- por canales en el predio vecino el agua del propio, D, 8, 3, 29 Paulo.

33 a.) Servitus aquae haustus.- Esta servidumbre confiere el derecho- al propietario del predio dominante de pasar al sirviente y sa - car del pozo, fuente o manantial del mismo el agua destinada a la utilidad o beneficio de su inmueble;por ende el agua no es para utilidad- de la persona, sino del predio, D. 8, 3, 20, 73 Pomponio. Supone el- derecho de iter, D.8 , 3, 3, 73, Ulpiano, D. 8, 2, 10, Marcelo.

Por Justiniano, I, 2, 3, 72 sabemos que no fué pacífico entre- los juristas romanos que esta servidumbre debía incluirse entre las rústicas, ya dice que algunos rectamente pensaron que debía incluírselas- en tal categoría. Lo que hace suponer que hubo otros que la considera ron urbana. Entre los primeros estaban Ulpiano D. 8, 3, 1, 71 y Neracio D. 8, 3, 2, 71.

No podía el titular del acueducto otorgar al propietario del - predio sirviente el uso del agua, en calidad de servidumbre, tomada de la margen del manantial, al dueño del predio sirviente porque este no podía tener servitus sobre su propio fundo, D. 43, 21, 2, Paulo;sólo podía adquirir ese derecho si se había pactado al constituirse la servidumbre y como modalidad de la misma. De igual modo el titular de ella no podía ceder a uno vecino igual derecho, porque no podía darse servi - dumbre de servidumbre, D.8. 3, 33, 71.

Otra variante de la servidumbre de agua era la llamada "pecoris ad aquam adpulsus", consistente en el derecho que tenía el propietario del fundo dominante de llevar el ganado, necesario o útil para su fundo, a abtevar en el inmueble vecino;lo que tenía lugar si el predio- dominante tenía por finalidad la producción de animales, D. 8, 3, 4 - Papiniano. Ya que si otro fuera el destino del inmueble, los beneficios que el propietario pudiera sacar de llevar el rebaño a beber agua en el predio vecino harían que la servidumbre fuera personal. Era una servidumbre rústica, Ulpiano D. 1, 8, 3, 1, 2, 3, 72, incluye en sí el actus y puede al mismo tiempo llevar insita la facultad de construir en el

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

fundo sirviente refugio(tugurium)para los animales a fin de que hallen protección en caso de mal tiempo;como ocurría con el ius pascendi, D. 8, 3, 6, in fine, Paulo.

Sólo puede llevarse a abrevar el número de animales fijado al establecerse la servidumbre;si condujera una cantidad mayor durante - 10 o 20 años Trebacio pensaba que perdía la servidumbre por prescripción extensiva, pero Marcelo sostuvo lo contrario pues consideró que - en el número mayor de bestias se contenía el menor fijado para la servidumbre, D. 43, 20, 1, y 18.

332o.) Otras servidumbres rústicas.- Correspondiendo las servidumbres a la satisfacción de ventajas o utilidades de los predios, se comprende que su elenco, aunque regulado por el derecho objetivo, no fuera limitado, de manera que a medida que las necesidades lo exigían, se admitían nuevas servitutes por obra de la renovadora acción que ejercieron los magistrados.

Se contemplaron de ese modo las más variadas posibilidades en virtud de las cuáles podía un predio beneficiarse a expensas de otro, - ya sea en interés de la edificación o bien de la misma agricultura y ganadería- Aunque las servi dumbres del derecho civil quedaran siendo - siempre las mismas, pues por esa vía, no se crearon nuevas, las del derecho de gentes, en cambio, aumentaron y hallamos así las de sacar tiza, cocer cal, extraer piedra, o arena del fundo vecino para las construcciones que fueran menester en el predio dominante, lo mismo que la de cortar en el bosque ajeno la madera necesaria para sustentar las viñas- del inmueble titular de la servitus, o la de utilizar el fundo vecino para guardar los frutos del propio, D.8, 3, 1, 71; D.8, 3, 5, 71; D. 8, 3, 6, 71.

No era en cambio una servidumbre la facultad de ir al fundo ajeno a explorar y extraer piedras de sus canteras, a cambio de una compensación a favor de su propietario llamada solarium, derecho que Ulpiano D.8, 4, 14, 71, dice que fué introducido por la costumbre, y que estaba limitado de doble manera:no podía ejercitarse sino de modo que no se causara daño al dueño del predio en el cuál se hallaba la mina -

ni tampoco en forma que se le impidiera a él la extracción de la piedra o del mineral.

Tampoco era una servidumbre la llamada "servitus thynnaria"- D. 8, 4, 13 pr., por la cuál el propietario del fundo que daba sobre el mar debía de abstenerse de pescar en beneficio del propietario vecino: se trataba de una regulación obligacional en materia de pesca establecida por los bizantinos. Surge de las mismas palabras del texto: el vendedor del fundo Geroniano convino que contra el Botroiano, que retenía, no se ejercitara la pesca "thynnaria", es decir la pesca de peces grandes, llamada también "piscatio cetari", aunque al mar, que es por naturaleza libre para todos, no puede imponerse servidumbre por ley privada: porque la buena fé exige que se observe la ley de la venta: las personas de los poseedores, o sus sucesores por derecho, se obligan por la ley de la estipulación o de la venta".

Es decir que se trataba de un pacto que debía ser observado por las partes y sus sucesores universales, no los singulares, pero no una servidumbre, Ver Cuiacio, Observaciones y Enmiendas, en latín op.cit. t.3, lib, 24, capit.22, folio 653.

333o.) Acciones e interdictos que tutelan las servidumbres.- No debe confundirse la constitución de una servidumbre con la obligación que haya asumido de establecerla el propietario del predio sobre el cuál aquélla haya de recaer. Puede ocurrir así que una persona haya prometido a otra, por contrato o estipulación, constituir sobre su fundo y a favor del predio del estipulante o comprador, una servitus, o bien que por testamento se haya legado por el causante per damnationem la servidumbre a favor del fundo vecino. En ambos casos, el comprador o estipulante o el legatario tendrán una acción personal, derivada del contrato o del legado, contra el propietario del fundo para que constituya la servidumbre, y sino pudiera hacerlo por haberlo enajenado a un tercero, será responsable por los daños e intereses que surjan de su conducta ilícita.

Hemos visto igualmente que en casos excepcionales podía re-

currirse al magistrado para que en forma extraordinaria, interpusiera su imperium para compeler a un propietario a constituir la servidumbre a-favor del dominus de un predio vecino.

Constituída ya la servidumbre el titular de la misma se halla amparado por interdictos y acciones, con los primeros tutelará la llamada- "posesión" de la servi dumbre. Tiene así, si es que no existe un interdicto especial para la servitus de que se trate, el uti possidetis útil D. 43, 17, 1 pr.que puede interponerse sea una servidumbre afirmativa o negativa, ver Gluck, pp.cit.L. 8, tit.5, nota 83) p.365, y también el interdicto quod vi aut clam, D. 8, 5, 6, 71. No se le da en cambio el interdicto de vi pues no se admite que pueda existir un verdadero despojo de una cosa incorporal como es la servidumbre, Gluck, op.cit.lib.8.tit.5, p. 366, D. 41, 3, 4, y 27.

Para proteger las servidumbres se crearon igualmente interdictos especiales. Hallamos así el "de itinere actuque privato"; el pretor acordó en realidad dos interdictos para proteger el iter, el actus o la via, uno de ellos disponía que se prohibía ejercitar violencia para impedir el uso que el propietario de un predio hubiera hecho del camino(iter), del actua o la vía durante al año, por lo menos durante 30 días, siempre que lo hubiera hecho sin violencia, clandestinidad o precario, con respecto- a la otra parte. Y el otro era el que prohibía se ejercitara violencia para impedir que refaccionara el dueño la senda del predio que hubiera - ejercitado en el año el iter, actus o via, sobre el inmueble vecino, siempre que lo hubiera hecho con respecto al adversario sin violencia, clandestinidad o precario, y diera al propietario caución por el daño que pudiera ocurrir. Mientras para el primer interdicto le basta al que lo invoca probar la "posesión", debe en cambio en el segundo probar su derecho a la servidumbre: D. 43, 19, 1; D.43, 19, 3 y 711, 713 y 714.

La servidumbre de acueducto estaba protegida por dos interdictos, el de "aqua cotidiana et aestiva" (agua cotidiana y de verano), y- el "de rivis". Por el primero prohibe el pretor que se corrompa, vicie, se haga o se hiciera peor el agua cotidiana y perennes que el propietario-

del predio hubiera conducido en el año siempre que la conducción la-
hubiera hecho sin violencia, clandestinidad o precario con relación al adversario. También se dispuso que se impidiera con violencia seguir - llevando el agua que el vecino condujera en el verano anterior siem - pre que se tratara de agua de verano, y lo hubiera hecho sin violencia, precario o clandestinidad con respecto al demandado.

Para el que tenía la servidumbre de agua "ex castello", o sea de un depósito que recibía el agua pública, se daba otro interdicto si- quería hacer obras de reparación en aquél; por dicho interdicto se pro- hibía al propietario del fundo dónde estaba el depósito que impidiera con violencia que hiciera esos trabajos aquél al que se le había conce dido el derecho de sacar el agua y tenía la cuasi posesión de la servi- dumbre, de manera que para que el interdicto prosperara se requería - probar el derecho a la servitus y la cuasi posesión de la misma, D.43, 20, 7 final. Igualmente debía dar caución al propietario del predio sir viente de responder por los daños futuros que con sus trabajos pudiera- ocasionarle a su inmueble.

Consistía el "de rivis" en el prohibir que se impidiera al que- había conducido agua en el pasado verano del predio vecino, sin los - vicios de violencia, clandestinidad o precario, que reparara las depre- siones, tubos, cavidades existentes en el inmueble por el que el agua - pasaba, a fin de facilitar la extracción y transporte de esta D. 43, 21, 1 , pr.

Las servidumbres de "aquae haustus", "pecoris ad aquam ad - pulsus" contaban con los interdictos "de fonte" y "de fonte reficiendo" D. 43, 22, 1, 771, y 2. Por el primero se prohibe hacer nada para - que siga sacando el agua de una fuente, lago, pozo, piscina, situados - en predio vecino, al propietario que lo haya hecho, sin violencia, clan destinidad o precario, durante el año, D. 43, 22, 1, pr.77, 1 y 2. El se gundo era acordado para purgar, reparar la fuente, o recoger el agua- para poder usarla.

La servitus de cloaca estaba amparada por el interdicto "de - cloacis" D. 43, 23. Cloacas, dice Heinecius, Elementos de Derecho Ci

vil según el orden de las Pandectas, edic.6o, en latín, Ginebra 1747, p. 644, eran lugares cóncavos y subterráneos por los cuáles se desagotaba la suciedad. Y eran públicas o privadas. Y, añade, el pretor excluyó las cloacas del interdicto uti possidetis. En su lugar y para las privadas - creó el interdicto de cloacas por el cuál se permitió al titular de la- servidumbre purgar las o repararlas, prohibiéndose que se le hiciera violencia, y exigiendo que diera caución al propietario del fundo vecino por el daño que pudiera ocasionarle, D. 43, 23, 1 pr.

Para proteger las cloacas públicas concedió, en cambio, un interdicto restitutorio, compeliendo al que había hecho o puesto algo en ellas que las perjudicara, a volverlas al estado anterior, D. 43, 23, - 1, 715.

Como se ve, dice Gluck, op.cit.ps.366, en estos interdictos, lo- que se exige es la posesión y no la prueba del derecho a la servidumbre, salvo el "de itinere actuque privato reficiendo", en que además- hay que probar el título, D. 43, 19, 3, 713, no así en el "de rivis" - D. 43, 21, 4. Hay además de la posesión, en algunos de estos interdictos, otras modalidades: así el de itinere actuque privato exige el ejercicio de la servidumbre por lo menos 30 días en el año transcurrido que se cuenta a partir del día en que se promovió la acción, D. 43, 19, 1, 77, 2 y 3, Gluck p.cit.lib.8, Tit.5, p.368. Para el de "agua cotidiana- et aestiva" se exige el ejercicio de la servitus durante el año último - y si se trata de agua de verano, en el verano anterior que equivale a - los últimos 18 meses. En los dos interdictos "de fonte" se exige igualmente el ejercicio del "aquae haustus" en el último año transcurrido.

Cuando la servidumbre es negativa para que se considere al titular en posesión de la misma, basta con la inactividad del propietario del fundo que se pretende sirviente. Así si éste no ha edificado más alto en beneficio del predio vecino, el dueño de este se considera poseedor de la servitus, pudiendo accionar con el interdicto quod vi aut clam o la acción confesoria, si fuera menester, D. 8, 5, 6, 71, pero si en - cambio el propietario del inmueble sobre el que se pretende pesa la - servidumbre hizo un acto contrario a ella, el otro pierde la posesión.-

Los interdictos mencionados se daban tanto contra el propietario del predio sirviente o que se pretendía sirviente o contra cualquier tercero que con violencia impidieran el ejercicio de la servidumbre - turbando así la posesión de la misma, al propietario del predio que se decía dominante, y la finalidad de los mismos era que cesara el impedimento y se le resarcieran los daños y perjuicios sufridos a raíz del mismo. Cuando se trataba de interdictos que perseguían la realización de obras o reparaciones, lo que se perseguía era poder hacerlas y en - tales casos el que triunfaba con el interdicto debía dar, como se ha - visto, caución al propietario del fundo dónde se iban a realizar los - trabajos, por los daños futuros que pudiera ocasionarle.

Es preciso señalar que en los interdictos que exigían el ejercicio la servidumbre de parte del titular durante cierto plazo, podía este favorecerse por el que hubiera hecho su antecesor, fuera aquél de - este un sucesor universal o singular, del mismo modo que la posesión - ejercida contra el antecesor del predio sobre el cuál se pretendía la - servidumbre podía hacerse valer contra su sucesor, Gluck, op. cit.p.370

La defensa interdictal rumana se hallaba restringida por el - principio de que cualquier cuestión sobre la posesión involucraba una investigación sobre su legitimidad, de ahí que se excluyera la posesión viciosa. Sólo por obra de los glosadores se crearon dos remedios mucho más rápidos que fueron el "possessorium summarium", y el "summarissimum", que fueron procesos rapidísimos, en los cuáles sólo se exigía la posesión pacífica e indiscutida y nada más.

Para proteger el ejercicio de la servidumbre pudo el titular recurrir a otro remedio pretoriano, la denuncia de obra nueva, que se hacía al propietario del predio sirviente, cuando este comenzaba en su terreno una construcción o trabajo que pudiera impedir o dañar el ejercicio de la servidumbre. Era necesario para que procediera que aquél no hubiera terminado la obra y su finalidad era impedir que la continuara. Si la hubiera terminado procedía el Interdicto quo vi aut clamo la acción negatoria. Aunque se daba contra el propietario del predio

sirviente, es natural que pudiera ejercerse igualmente contra cualquiera que en aquél comenzara a hacer la obra nueva.

Hay quiénes limitan la denuncia de obra nueva a las servidumbres urbanas, pero, dice Gluck, op.cit.lib. 8, tit.5, p. 374 la restricción es inadmisible frente al amplio texto de Ulpiano, D.39, 1, 1, 714.

Lycklama, lib.III de los Pergaminos Eclesiásticos, II, sostuvo a su vez que no procedía la denuncia de obra nueva por el titular de la servidumbre contra el propietario del fundo sirviente sobre la base de D. 39, 1, 14, Juliano. Gluck, op.cit. p.375, dice que debe distinguirse: el propietario comienza una obra que ataca directamente a la servidumbre, entonces procede la denuncia; si en cambio la construcción que se empieza afecta a la servitus de manera indirecta, entonces se aplica D. 39, 1, 14 que excluye la nuntiatio, y el propietario del predio dominante deberá recurrir a la actio confesoria. El caso que plantea Juliano es el del dominus del predio sirviente sobre el cuál pesa la servidumbre de iter o via, que comienza a construir en una parte del fundo. Cierto es que la servitus afecta a todo el fundo, pero también es cierto que si puede afectarse un lugar del mismo sin que el predio dominante sufra perjuicio alguno, no habrá motivo para impedir la nueva obra y restringir .

Cuando en cambio la servidumbre, había sido constituída sobre el fundo por el propietario pero por un modo no reconocido por el derecho civil, aunque tutelado por el magistrado, o por quién no era propietario sino poseedor, creyendo el titular de la servidumbre, de buena fé, que era el dominus, se otorgaba la acción Publiciana in rem.

La finalidad de la acción confesoria era obtener el pleno reconocimiento de la servidumbre, haciendo cesar los obstáculos que se le oponían, o destruir lo hecho en contra de la misma, con el pago de los daños y perjuicios derivados de la conducta contraria a derecho. Era una acción in rem.

Correspondía por el contrario al propietario del predio sobre el cuál alguno pretendía ilegalmente el ejercicio de una servidumbre, la -

acción negatoria in rem, que podía ser últimamente denunciada por un representante del dominus, como el acreedor prendario, enfiteuta, superficiario, y que perseguía se declarara la no existencia de la servitus, y la cesación de los actos perturbativos así como el pago de los perjuicios causados.

Se ha entendido empero que la acción confesoria y la negatoria estaban vinculadas a la redacción de la "intentito" de las fórmulas por lo que la primera se daba cuando el actor pretendía frente al demandado el reconocimiento de un derecho derivado de su propiedad o bien de una servidumbre afirmativa, mientras que la segunda tendría lugar toda vez que se quería prohibir a la otra parte un hecho, en virtud del dominio o de una servitus. Sería confesoria la acción por lasque se persiguiera el derecho de pasar por el predio vecino, de levantar más alto, etc., y negatoria la que tendría por finalidad prohibir aldemandado hacer algo contrario al derecho de propiedad del actor, oa una servidumbre que este afirmara ser suya, como la de no edificarmás alto. La particularidad de esta teoría que se funda en la confusaredacción de I, 4, 6, 72, radica en que ambas acciones, la confesoria y la negatoria, se habrían utilizado por los romanos para defender la propiedad frente a intrusos o la servidumbre, con lo que si el dominus quiere hacer cesar la perturbación del vecino que pretendiera una servidumbre sobre su fundo, no ejercería la negatoria sino la confesoria, mientras que si alguién pretendiera una servidumbre negativa sobre el predio ajeno, que le fuera desconocida, no accionaría con la confesoria, sino con la negatoria.

Es decir que la acción negatoria sería aquélla que sirve al propietario para proteger su dominio frente al que pretende sobre su inmueble una servidumbre que no existe, sino para hacer reconocer en virtud del dominio una abstención de parte de un tercero o la existencia desconocida injustamente de una servitus negativa. Y la confesoria no sería, a su vez, la acción que sirve al titular de la servidumbre para hacer reconocerla y respetarla, sino la de hacer reconocer la ple

nitud del derecho de propiedad o bien una servidumbre afirmativa.

La redacción de las Instituciones de Justiniano, en el pasaje citado no es suficiente para justificar esta doctrina que ha quedado aislada De manera que la acción confesoria tiene por finalidad el reconocimiento de una servidumbre, es ejercida por el titular de la misma ante el desconocimiento que de ella se haga, mientras la negatoria corresponde al propietario de la cosa para negar que exista sobre ella una servidumbre que alguién injustificadamente pretende. En ambos casos se requiere que tanto el titular de la servidumbre que se quiere hacer reconocer como el propietario que niega la existencia de la misma estén, el primero en la posesión, si así puede llamársele de la servitus, y el segundo de la libertad que sostiene.

La confesoria se daba contra cualquiera que impida el ejercicio de la servitus, o cualquier otro acto que sea necesario para la utilización de la misma. Cada condómino del predio sirviente puede ser demandado por el todo(in solidum), salvo que se trate de mantener el muro en la servitus oneris ferendi, en que reponden por la parte que corresponda a cada uno, Gluck, op.cit.p.385.

No sólo procede la acción negatoria para que se declare la inexistencia de una servidumbre que otro pretende y ejercita sobre el predio ajeno, sino cuando existiendo una servidumbre, su titular la ejercitara en forma contraria a su naturaleza.

Puede ocurrir que promovido el juicio el demandado se niegue a realizar los actos necesarios para su consecución, incurriendo en rebeldía: si la acción es la confesoria y el actor está en posesión de la servidumbre, la sanción en que incurre el rebelde es la de no hacer nada que perjudique al demandante: deberá deducir la acción negatoria. Si estuviera en cambio en posesión de la servidumbre el demandado, se le quita esa posesión y se fija plazo por el juez para que dentro del mismo deduzca la actio negatoria, con apercibimiento de que si no lo hiciera deberá destruir a su costa, lo que haya hecho en perjuicio de la otra parte-

Si es la acción negatoria y el demandado incurre en rebeldía de-

be dar caución al actor de que no lo molestará, ver Gluck op.cit.lib. 8, tit. 5, ps. 386 y 387.

Interesantes son también los distingos que corresponde hacer - en lo que concierne al onus probandi y a qué es lo que se debe pro - bar, se trate del juicio interdictal o del juicio ordinario de las accio nes confesoria o negatoria.

Cuando lo que se discute es la posesión de la servidumbre o- de la no existencia de la misma, en proceso interdictal, el actor que- afirma la natural posesión de su predio no debe suministrar otra prue- ba que la de la posesión del fundo, aunque autores hay que exijen - que pruebe la posesión de la libertad natural que invoca- Quién de be probar que ha utilizado el fundo ajeno en forma pacífica, conti- nua, etc. como exteriorización de una servidumbre, es la otra parte.

En cambio cuando el actor sostiene en el juicio interdictal - que posee la servidumbre, debe probarlo, demostrando a su vez que - dicha posesión no es viciosa, es decir violenta, clandestina o precaria.

Cuando se ejercita la negatoria o la confesoria, el actor de- be probar la propiedad del fundo, si la otra parte la niega. Se dice - que en tal caso la prueba se hace por vía de incidente y que no se - requiere el rigor que se exije para la acción reivindicatoria: bastará- que pruebe el título y el modus adquirendi. Otros hay que ni siquie- ra eso exigen, bastando con que pruebe la posesión para presumir que existe la propiedad, exigiendo sólo una sumaria prueba del dominio- cuando el actor no tenga la posesión del inmueble. Gluck op.cit.ps. 392 y ss. ver 393, quién rechaza esa praesumptio pues el demandado - tiene sumo interés ñque el que le promueva la acción se halle debida mente legitimado ad causam, sobre todo si se tratara de la acción ne- gatoria y el demandado tuviera la cuasi posesión de la servidumbre, - pues de no probar el actor la propiedad, aquél continuaría con el e - jercicio de la misma.

Si la acción deducida es la útil entonces habrá que probar el título que se tiene para accionar, es decir el derecho de prenda, el-

de superficie, la enfiteusis, Gluck, op.cit.p.394.

Luego de eso ha de probarse, si es la actio confesoria, la existencia de la servidumbre sobre el predio del demandado, o bien la no-existencia de la misma cuando se ejercita la acción negatoria. Pero a quién incumbe la carga de la prueba? Sabido es que existe el principio de que es al actor al que incumbe el onus probandi, de modo que de acuerdo al mismo, es la confesoria debe aquél probar la constitución de la servitus, y en la negatoria tendría el propietario que probar que su fundo es libre, sin necesidad el dominio ajeno. Por igual razón podía el propietario del fundo sirviente convertir una parte del mismo en religioso sin o contra la voluntad del dueño del fundo dominante, cuando con ello no afectaba la servidumbre de iter, actus o via si estas podían ejercitarse com damente por el inmueble, D.11,7,2,78.

La denuncia podía hacerse en forma verbal y extrajudicialmente en el lugar de la obra, pero si se procedía así se reconocía la posesión del adversario, de ahí que fuera más conveniente hacerla entonces, cuando no se quería llegar a ese resultado, mediante la intervención del magistrado, D.39, 1, 5, 710. Podía igualmente echarse a los obreros o destruirse lo hecho si la nueva obra se comenzaba en el terreno del titular de la servidumbre. Con la denuncia el propietario del predio sirviente debía abstenerse de continuar la obra; si desobedecíase daba a la otra parte un interdictum demolitorium para que deshiciera lo hecho a su costa.

Finalmente se tutelan las servidumbres con la acción confesoria la que puede ejercitarse en forma directa o útil. Directa cuando la ejerce el propietario del predio dominante para obtener el reconocimiento de la servitus que se le niega o cuyo ejercicio se obstruye o impide, siempre que la servidumbre haya sido constituída por el propietario del predio sirviente y por un modo reconocido por el derecho civil. Se daba en forma útil cuando se trataba de proteger una servidumbre así legalmente constituída por quién no era el propietario del inmueble a cuyo favor estaba establecida, pero tenía un interés en la tutela, como el acreedor prendario, el enfiteuta, el superficiario, el usufruc

tuario siempre que con el impedimento o negativa de la servidumbre - se pusieran trabas al ejercicio del usufructo. En estos casos dichas - personas actuaban por el propietario del predio dominante. Pero tratándose de este último caso se deroga la regla pues la propiedad por ser - absoluta se presume libre, de manera que quien debe probar la servi - dumbre es el demandado. En realidad no existiría derogación alguna - al principio: pues si el actor afirma que su predio es libre, no basta - que el demandado lo niegue, sino que será necesario que en forma concreta afirme a su vez que sobre el mismo pesa y a su favor una servitus, en cuyo caso le corresponde a él la prueba pues obraría como si - fuera el actor, al alegar la existencia de un hecho que restringe la - propiedad ajena.

Todavía lo antedicho ha merecido objeciones, de modo que hubo autores que distinguieron sosteniendo que tanto en la confesoria como en la negatoria, si se daba el caso de que el actor estuviera en la cuasi posesión de la servidumbre o de la libertad invocada, siempre correspondía el onus probandi a la otra parte, pero la mayoría de los juristas desde Accursio son contrarios a esta teoría, Gluck, op. cit. p. 395 y 396. Por eso promovida la acción negatoria el actor debe probar la servidumbre que dice haberse constituído a favor de su predio sobre el fundo ajeno, esté o no en la cuasi posesión de la misma.

Promovida la negatoria ya se ha visto que a quien corresponde probar la servidumbre es al demandado, pero se sostiene que si este ha ganado el juicio posesorio, es decir el interdictal, y se le ha reconocido la cuasi posesión de la servidumbre, entonces el onus probandi debe pesar sobre el actor, pues la circunstancia de que haya triunfado con el interdicto hace presumir su derecho. Es mas, allí ya ha hecho valer el propietario la antedicha presunción y fracasó, es lógico - que no pueda reproducirla luego en el juicio ordinario a que da lugar la acción negatoria. No podría argüirse en contra que así se pondría a cargo del actor una prueba negativa, puesto que no se trata de justificar una negación absoluta sino de probar que el derecho o servidumbre que el demandado pretende no existe o es nulo.

Los partidarios de la teoría anterior, entre los que se cuentan

Gluck, en cambio niegan que pueda atribuirse el onus probandi al actor si el demandado no ha obtenido el reconocimiento de la cuasi posesión de la servidumbre en el posesorio, porque aquel se adelantó a deducir la acción negatoria. No se ve porque no podría igualmente probar en el ordinario la cuasi posesión de la pretendida servitus y como consecuencia de ello beneficiarse de la antedicha posesión. Para ser congruentes los partidarios de esta tesis debieran admitirla también cuando en el juicio ordinario el demandado logra probar dicha cuasi posesión. La solución mas adecuada es la de rechazar todo distingo y exigir que, en cualquier supuesto, sea el onus probandi de la existencia de la servidumbre, en la actio confesoria, a cargo del demandado. En efecto el actor lo que persigue es que se abstenga del ejercicio turbativo de su propiedad, y si el demandado afirma que el mismo se halla convalidado por una servidumbre justo es que sea el el que deba probar su constitución y validez.

334o.) Extinción de las servidumbres. - Siendo las servidumbres regulaciones voluntarias de las relaciones de vecindad se comprende que si estas desaparecen ya no tienen razón de ser aquellas, de ahí que se extingan por la total destrucción de los fundos dominante y sirviente, de modo que haga imposible el ejercicio de la servitus. Las modificaciones que experimentan y que no impidan la actuación de la servidumbre no es causal de extinción. Además si el fundo se restableciera la misma renace, como si habiendo sido inundado el campo por el mar o el río, se retirara luego el agua, D.8, 6, 14. Si cuando ello ocurrese hubiera perdido igualmente la servitus por el no uso, podrá accionar el titular para que se establezca de nuevo. Si en lugar de inundación se tratara de una ocupación permanente de las aguas, la servidumbre se extinguiría definitivamente.

Por aplicación de igual principio se extinguen las servidumbres por confusión, es decir si una misma persona deviene propietaria de los predios dominante y sirviente, ya que nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa. Se pregunta en tal caso, si los fundos volvieran nuevo a ser de propiedad de distintas personas, si renacerá la servidumbre. Unos dicen que sí; otros se pronuncian en forma negativa y Voet

distingue: si la misma persona devino propietaria en forma permanente - de ambos inmuebles, la servidumbre no renace; en cambio si tuvo un do minio transitorio, renacerá. Por ejemplo, el propietario del fundo domi nante compra y se hace propietario del inmueble sirviente, aunque lue go enajene a este o a aquel, la servidumbre ya extinguida de manera - definitiva no revivirá. En cambio si el propietario del predio dominan - te adquiere el sirviente por la constitución de la dote, o bien el here - dero adquiere al adir la herencia un predio del causante sobre el cual tenía una servidumbre a favor de uno propio, y el primero fuera legado con condición, en tales casos desaparecida la confusión; sea con la res titución que ha el marido de la dote a la mujer o del cumplimiento de la condición en el caso del legado, la servidumbre renace. Lo mismo o curriría si el heredero que adquirió en la sucesión el fundo del causan - te que prestaba una servidumbre al suyo vendiera la herencia, o si pros perara la querella de inoficiosidad contra el heredero testamentario.

Se extinguen las servidumbres por renuncia o remisión que haga de ellas el propietario del predio dominante; la renuncia no se presume pero puede ser tácita, como sucede cuando no impide al propietario - del fundo sirviente que haga actos incompatibles con la naturaleza mis ma de la servitus, siempre que no se trate de una simple tolerancia que no lleve en sí la intención de la renuncia. De ocurrir esto último lo que perdería es la llamada cuasi posesión de la servitus pero no esta misma.

Si se tratara de una simple tolerancia el titular de la servidum bre puede accionar con la confesoria contra el propietario del fundo - sirviente para que restablezca las cosas a su estado anterior, a menos - que este último hubiera construído un edificio perjudicial a la servitus del vecino, y este no le hubiera hecho la denuncia de obra nueva en cu yo caso solo podrá si lo consintió exigirle daños y perjuicios pero no pe dir que se destruya lo edificado.

Igualmente se extingue la servidumbre que hubiera sido consti - tuída por un propietario cuyo dominio estaba sujeto a resolución ex tunc.

Se pierden también por el transcurso del tiempo, o sea por su no ejercicio por el plazo de 10 años entre presentes y de 20 entre ausentes

C.3, 34, 13. Se discute si es suficiente con el no uso o si es necesario además que medie en el plazo o en los plazos mencionados la usucapión de la libertad de parte del propietario del predio sirviente. Es decir, el problema es el siguiente: bastará con que el titular de la servidumbre no la ejercite durante 10 o 20 años o bien será menester también un acto o una serie de hechos contrarios a la naturaleza misma de la servidumbre, llevados a cabo por el propietario del fundo sirviente. A esto último es a lo que se llama "usucapio libertatis", es decir la adquisición por el uso de la plena libertad que tiene el propietario sobre su inmueble,. Hay tres criterios, uno es el de los que sostienen que siempre basta con el no uso; otro el de los que piensan que siempre además del no uso debe existir la "usucapio libertatis". Finalmente están los que creen que debe distinguirse entre servidumbres urbanas y rústicas: las primeras exigirían para su extinción la "usucapio libertatis" , las segundas, no: bastaría para estas últimas con el no uso de parte del titular de las mismas.

Cuando la servidumbre es negativa la usucapio libertatis se cumple haciendo el propietario del edificio sirviente durante 10 a 20 años a vista y paciencia del dominante lo que le estaba prohibido hacer por la servitus, como obstruir la luz en la servitus nec luminibus officiatur, no bastando que el hecho consista en un obstáculo que dificulte pero no impida el pasaje de las luces.

Cuando la servidumbre es afirmativa se cumple la usucapio libertatis impidiendo su ejercicio: como en la de tigni immitendi sacando la viga o bien prohibiendo que se coloque, siempre que ello se haga durante los plazos legales, y a vista y paciencia del propietario del fundo dominante.

La usucapio libertatis requiere la buena fe del poseedor del predio sirviente, consistente en que por error cree que no existe tal servidumbre o bien que le ha sido remitida.

Las servidumbres que se ejercitan un año si, otro no, o durante el verano o el invierno, se extinguen por no uso al cabo de 20 años, sin que se distinga entre presentes o ausentes' , Gluck, op. cit.- ps. 414 y ss.

Se pierde la servidumbre por no uso cuando se ejercita de modo contrario a su naturaleza o bien a lo establecido por las partes al constituirse, lo mismo que si venció el plazo o se cumplió la condición a los que estaba sometida.

335o.) Las llamadas servidumbres personales.- Ya hemos visto que el original y pristino concepto de las servidumbres murió, con el trascurso de los siglos, un proceso detenrativo al que no escapó el mismo derecho romano. La circunstancia que se las concibiera como cualidades o defectos de las cosas inmuebles y luego como cosas incorporales ellas mismas, hizo olvidar lo que eran en realidad: regulaciones voluntarias de las relaciones de vecindad. Aparecieron así servidumbres constituídas sobre un inmueble a favor de una persona. Sobre la base de D.34, 1, 14, 73 se ha querido distinguir entre servidumbre establecida a favor de una persona que es propietaria de un predio y sobre el predio vecino, a las que se llamarían servitus personas, de aquéllas otras anómales o irregulares en que se establecerían a favor de una persona que no tuviera vecino o próximo al sirviente. Al profesor Guillermo L.Allende, tratado de las Servidumbres, Bs.As.s-a, ps.129 y ss. le sirve el distingo para caracterizar a las servidumbres personales activas. En realidad el fragmento citado, cuya interpretación ha sido objeto de múltiples discusiones, no habla de la servitus personae como categoría: dice que la servidumbre de aquae haustus o pecoris ad aquam adpulsus se deja inútilmente a la persona que no es vecino del predio sirviente. Ya lo hemos explicado, lo que quiere decir el fragmento es que por lo general si se constituye una servidumbre real a favor de una persona que no sea el propietario del fundo próximo o vecino, se hará inútilmente porque el titular de la misma no podrá ejercitarla, pero no se ha querido crear una categoría especial de servidumbres personales.

Sin embargo seduce la idea de seguir el proceso degenrativo de la servidumbres señalando que primero se habrán admitido como tales las ventajas otorgadas sobre un predio a la persona del propietario del predio vecino, de modo que se mantenían los requisitos de las verdaderas servitutes: dos fincas, vecindad, con la salvedad de que la utilidad en lugar de ser para el inmueble lo era sólo para su propietario-

Y luego se habrán extendido a ventajas concedidas sobre un fundo a- personas que ni siquiera fueran propietario de inmuebles vecinos, como en el fideicomiso a que se refiere D.34, 1, 14, 73. Pero surgida esta- posibilidad poca o ninguna importancia tendría entonces que el titular fuera o no propietario de una finca vecina al predio sirviente: siempre que aquél pudiera obtener la ventaja habría servidumbre, y no se vería la necesidad de crear una categoría aparte, que por lo demás tampoco puede tener ninguna trascendencia.

Las servidumbres personales, producto del proceso degenrativo de la idea de servitus, son desfiguraciones de las servidumbres predia- les pues son estas mismas pero sin la regulación de relación de vecin- dad, y en consecuencia, con abstracción de un predio dominante. Y - constituyen una relación de persona a un inmueble en virtud precisa- mente de su origen pues las servidumbres reales no pueden recaer so - bre muebles. De manera que cualquier legislación que admita estas - servidumbres anómalas, en la forma que alcazaron, poca importancia - dará al hecho de que el titular sea propietario de un fundo vecino: lo- que realmente importará es que la carga impuesta al fundo sirviente - pueda ser útil al beneficiario de la misma.

El usufructo, el uso, la habitación, las operae servorum vel ani- malium son esencialmente diferentes a las servidumbres, lo único que- tienen de común con estas es la asimilación nominativa que hicieron- los compiladores de Justiniano. Ya dijimos que quizá el temor a la feu dalización, llevó a los juristas del Bajo Imperio a un proceso inverso al que había tenido lugar en las etapas anteriores de la historia del Dere cho Romano, es decir a asimilar en el concepto de las servidumbres rea les a esas situaciones personales que daban poder sobre la cosa ajena- Se habrá querido así evitar que pudieran so pretexto del parecido de - las mismas con la esclavitud, crear sujeciones personales que hubieran fomentado el incipiente feudalismo que atisbaba en la época postclá - sica.

Sea lo que fuere, lo cierto es que el usufructo, el uso, etc. sólo- tienen de común con las servidumbres nada más que el nombre, pues en

ningún caso tienen relación con la regulación de las relaciones de vecindad.

336o.) El usufructo.- Paulo D.7, 1, 1, lo define como el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas dejando a salvo la substancia de las cosas. La definición ha sido criticada desde el punto de vista del texto, pues se ha querido suprimir el "salva rerum substantia", el genitivo plural "rerum" por el pronombre también genitivo plural "earum", o sea en lugar de "dejando a salvo la sustancia de las cosas", - "dejando a salvo la sustancia de ellas". Se ha dicho también que Paulo da un concepto impreciso pues el "ius alienis rebus utendi et fruendi" puede referirse también al derecho que le corresponde a aquél el usufructuario ha cedido el ejercicio del usufructo. La misma frase " - salva rerum substantia" no cuenta con interpretación pacífica;algunos dicen que hace referencia a la duración del usufructo, al punto que D. 7, 1, 2, Celso, señala que extinguida la cosa se extingue el usufructo. Otros entienden que la frase quiere significar que el usufructuario no puede utilizar la cosa de modo de modificar o cambiar su sustancia. Y los hay que suponen que la expresión se refiere a la naturaleza de las cosas susceptibles de usufructo, de modo que quedarían como quedan en verdad, excluídas las que se consumen con el primer uso. La definición sería entonces esta:el usufructo es el derecho de usar y disfrutar cosas ajenas no consumibles. Gluck, op.cit.Lib.Ø, tit.1-edic.italiana, p.130, de la siguiente definición:Es una servidumbre personal, en virtud de la cuál se puede usar y gozar de la cosa corporal de otro de todos los modos posibles conformes a su naturaleza, pero de manera que, terminado el usufructo, se pueda restituir como se entregaron, no importando que se hayan deteriorado con el uso. "Con eso pretende Gluck salvar la contradicción que surgiría de traducir la expresión "salva rerum substantia", como "dejando a salvo la sustancia de las cosas", con el texto de Ulpiano D. 7, 9, 9, 73 que se refiere al - usufructo de vestidos, y el jurista romano dice, que si se deterioran - sin dolo malo del usufructuario este podrá restituirlos en el estado en que están sin responsabilizarse por ello. De ahí, saca Gluck, la conclusión de que se ha alterado la sustancia de la cosa, no obstante lo -

cuál ha habido usufructo. Pero alterar la sustancia no puede significar que se deteriore la cosa por el uso normal que de ella se haga, sino que sólo puede relacionarse con la omnímoda facultad que sobre la cosa tiene el propietario, y de la que el usufructuario se halla privado.

El propietario de la cosa disfruta de la misma sin que pueda considerarse que tiene una servidumbre sobre la misma, de ahí que si quisiera vindicar dicho derecho de goce le bastará con el ejercicio de la acción negatoria, pero no tendrá que deducir la confesoria, ni tampoco podrá sostenerse por nadie que pueda haber perdido el utendi et fruendi por el no uso, D. 7, 6, 5 pr. D. 23, 3, 78 pr. Sólo en forma impropia puede decirse que el dominus tiene el usufructo de su propia cosa, por eso Paulo D. 50, 16, 25, señala que el usufructo no es parte del dominio, sino que es una servidumbre, no pudiendo aducirse en contrario lo que el mismo Paulo observa en D. 7, 1, 4, que en muchos casos el usufructo es parte del dominio y consta que puede constituirse de inmediato o desde cierto plazo, pues lo que quiere significar es que el usufructo como la propiedad puede constituirse simplemente o a partir de cierto día, Gluck op.cit.lib.7, tit.1 ps.133 y 134: los escoliastas griegos interpretando ese pasaje traducen el "pars dominii" como que el usufructo imita a la propiedad. Este usufructo que correspondería al propietario sobre su cosa se llama causal por oposición al verdadero usufructo que recibe el nombre de formal. Sólo tiene trascendencia el usufructo causal cuando habiendose adquirido la propiedad y usufructo de una cosa por legado, el usufructo de la misma ha sido legado a dos o más personas, pues el primero podrá beneficiarse, en tal caso, con el derecho de acrecer, D. 7, 2, 3, 72, D.7, 2, 4.

337o.) Origenes.- Antes de que el usufructo se concibiera como un ius in re se utilizó por los romanos la expresión "utendi et fruendi" para designar la posesión o el pleno goce de una cosa, especialmente un fundo como el ager publicus: Lex agraria, 5, 9, 32, Lex Antonia de Thermessibus, lin.16, ver Perozzi Instituciones en italiano, Milano s/a, t.1, p.780, nota 2, o las tierras provinciales, Gaio I, 2, 7 y 7.

Para Voigt el usufructo como derecho se introdujo tardíamente en Roma y por influencia helénica; ello habría ocurrido a fines del si

glo VI de la fundación de la ciudad, Ferrini, Pandette, italiano, Milano 1908, No.364, p.474. El usufructo fué conocido por los atenienses, aunque faltan elementos para juzgar cuál era el alcance y detalles del mismo, ver Beauchet, Histoire du droit privé de la Republique Athenienne- t.3, Paris 1897, ps.173-175, quién nos dice que se sabe sin embargo que el usufructo podía ser establecido por testamento como por convención. El padre de Demostenes legó a Therippido 70 minas del patrimonio que heredó su hijo, el gran orador, ver Demostenes In Aphobum, Orat, 1, 5, Demosthenis Opera, Paris 1891, en griego y latín, p.423. Y señala Beauchet que el usufructo podía constituirse mediante la donación de la nuda propiedad y la reserva del goce y disfrute de la cosa, siendo la duración del mismo la de la vida del beneficiario y pudiendo constituirse - a plazo. También es probable, dice el mismo autor, op.cit.p. 175, que - el derecho ático conociera el uso.

Señala Perozzi, op.cit.t.1, nota 2, ps.780 y 781, que introducción del usufructo tuvo lugar primero en materia de legados y para que la - viuda continuara luego de muerto su marido, gozando de las cosas de - este; al principio tuvo entonces una finalidad alimentaria. Posteriormente se pudo constituir por actos entre vivos y su esfera de acción se amplió.

338o.) Caracteres.- Es un derecho personalísimo, lo que significa que es inherente a la persona y se extingue necesariamente con la- muerte del beneficiario o la capitis deminutio, salvo la mínima en la - época de Justiniano, D.7, 1, 35, 71; de ahí que no pueda cederse: establecido el usufructo en testamento por fideicomiso, el fiduciario no podía cederlo al fideicomisario, sólo podía ceder su ejercicio, de manera que si este moría o sufría la capitis deminutio, volvía al fiduciario, D. 7, 4, 3, 73; D. 7, 6, 3, D. 31(2), 17 pr. Y además, de morir el fiduciario o sufrir capitis deminutio, el usufructo se extinguía, D. 33, 2, 29, pero el pretor evitó en el caso tales consecuencias protegiendo la situación del fideicomisario y concediéndole acciones útiles para su tutela.

El usufructuario sólo podía ceder el usufructo al nudo propietario de la cosa; a un tercero solamente podía ceder el ejercicio, conside-

rándose entonces que disfrutaba de la cosa por intermedio de ese tercero, D. 7, 1, 38 y 39. Se requería que este último usara y disfrutara de la cosa, a fin de evitar que se perdiera por el no uso, a menos que por dicho ejercicio hubiera pagado un precio, en cuyo caso se consideraba que aunque el cesionario no ejercitara el usufructo este no podía perderse por prescripción extintiva desde que el ejercicio del usufructo estaba dado por el dinero recibido por el usufructuario.

Como el usufructo se extingue con la vida del usufructuario no podía legarse para cuando muriera el beneficiario, D, 7, 1, 51, Modestino. No se transmitía a los herederos del usufructuario salvo que se hubiera convenido al constituirlo que pasara a los herederos, en cuyo caso se limitaba a estos no pudiendo ser objeto de ulterior transmisión hereditaria.

Para los juristas clásicos, dice Monier, op.cit.t.1, ps.435 y 436- el usufructo fué el derecho a los frutos de una cosa; se lo concibió como insusceptible de ser cedido, y como diferente a la propiedad, de la cuál no se consideró como parte, ni admitieron que el usufructuario pudiera tener la posesión de la cosa. Es en la época bizantina, agrega el autor citado, que cambió la idea de la institución pues se la tuvo por una parte de la propiedad, se lo incluyó entre las servidumbres y en cierta medida se dió al usufructuario la posesión. Igualmente se pudo separar el fructus del usus, o sea constituir el derecho a los frutos sin el uso de la cosa, lo que no había sido posible en el período clásico.

Se caracteriza igualmente el usufructo por las cosas sobre las que debe recaer: deben ser cosas corporales: D. 7, 1, 2 : sobre las incorporales como los créditos sólo puede constituirse una figura análoga, el cuasi usufructo; y además deben ser cosas no consumibles, I, 2, 3, - 72. Llama la atención que Justiniano en ese pasaje de sus Institutas enumere entre las cosas consumibles a los vestidos, ya que estos podían ser objeto de un verdadero usufructo, D.7, 1, 15, 74, D. 7, 9, 9, in fine, y el mismo emperador en I, 3, 24, 75 admite que aquéllos pudieran ser objeto del contrato de locatio conductio que presupone cosas no consumibles. La explicación tiene que estar en el hecho de que los vestidos, por su destino, se darán por lo general para que se devuelvan

otros equivalentes:en tal caso habría cuasi usufructo;pero no cabe descartar que se den para que se restituyan los mismos, en cuyo caso podrán darse en locación o constituirse sobre ellos el usufructo.

La cosa sobre la que se constituye el usufructo debe producir una utilidad al usufructuario, aunque no sea económica;puede ser estética o intelectual:como el usufructo de medallas o monedas antiguas, de cuadros, de estatuas:D. 7, 1, 28, D.7, 1, 41.

Puede el usufructo recaer sobre cosas singulares o sobre un patrimonio, en este último supuesto se discute si comprenderá solamente los bienes del causante al tiempo que hizo el testamento o bien los que existían al momento de su muerte. Las dos opiniones se han sostenido pero ha prevalecido la última, ver Gluck, op.cit.lib.7, tit.1, ps.142 y 143 y nota b)ps.143 y 144. La primera teoría sustentada por Castillo Sotomayor, Noodt, Bauer, se fundaba en D.34, 3, 7, dónde Paulo dice que si se legó per damnationem un vestido, la platería, debe entenderse por los que existían al tiempo que el causante hizo el testamento, a menos que de este surgiera una intención contraria. Pero, como observa el anotador de Gluck, es muy distinto legar el usufructo del patrimonio a legar el de una cosa o de cosas determinadas:el patrimonio es una entidad abstracta, susceptible de crecer o disminuir, y lo lógico es que tratándose de un legado se tome en cuenta el tiempo de la muerte de su titular.

El usufructo del patrimonio comprende los capitales, es decir el goce de los mismos que se realiza mediante la adquisición de los intereses que paguen los deudores, D. 50, 16, 49 in fine, D. 33, 2, 37: era el usufructus kalendarii:se llamaba calendario el registro dónde el acreedor tenía los nombres de los deudores, el monto de las deudas, los períodos de vencimiento.

El usufructo del patrimonio se entendía de los bienes que quedaran luego de deducidas las deudas y cargas de la herencia, la legítima de los herederos, la cuarta Falcidia, y sólo podía constituirse, como es natural, por legado. Si se instituyera un heredero y sólo se le dejara el usufructo del patrimonio se entenderá que se le ha dejado tam-

bién la propiedad de la herencia, ya que nadie podía morir en parte - testado y en parte intestado. El problema se plantea en el caso inverso:si se ha instituido a un solo heredero exceptuándose el usufructo o- una cosa, D. 28, 5, 74 y 75: el fragmento dice que se siguió el criterio de Aquilio Gallo que sostenía que para el derecho civil era como si hubiera sido instituido "sine ea re": sin esa cosa. Se entendió por - los autores que esas palabras querían significar que había sido instituído heredero por el todo, incluído el usufructo o la cosa exceptuadas.- Pero Langebek, ver Gluck, op.cits.Lib.7, tit.1, ps.147 y ss.entendió que "sine ea re" quería decir que el usufructo o la cosa quedaban excep - tuadas, que constituían un fideicomiso a cargo del heredero y a favor- de los herederos ab intestato. Gluck, op.cit.p.148, adopta esta última- explicación.

Cuando se instituye a uno como heredero en el usufructo y a - otro como heredero por el haber, el primero se considera un legatario C. 6, 24, 13.

Pero podía darse el caso que el causante instituyera heredero- en el usufructo y para luego de la muerte de este último designara heredero a otro. Unos vieron en tales cláusulas un fideicomiso universal de modo que sostuvieron que a la muerte del heredero en el usufructo debían pasar los bienes del difunto a la persona que había instituído- en segundo lugar. Siendo fideicomiso resultaba que si esta última premoría a la primera esta adquiría definitivamente toda la herencia. Otros en cambio sostuvieron que el testamento tenía en realidad dos instituciones:una por el usufructo y la otra por todo el haber:luego debía considerarse al heredero en el usufructo como legatario;según ellos, la disposición de última voluntad quería significar que después de la - muerte del usufructuario se consolidaría el usufructo con la propiedad del haber hereditario en la persona del que había sido instituído sin - ninguna discriminación. Una tercera teoría señala que se trata de unlegado y de una institución de heredero pero esta última está sometida a un término incierto que equivale a una condición, o sea a la muerte del usufructuario y a que el heredero lo sobreviva. Este deberá pues -

pedir la bonorum possessio secundum tabulas por la institución condi - cional.

339o.) Modos de constitución del usufructo.- Los modos son los que - ya hemos estudiado para las servidumbres prediales, de manera que podemos clasificarlos en:voluntarios que se subdividen en por actos entre vivos o mortis causa y pueden ser gratuitos u onerosos;no voluntarios, como la adjudicación, la prescripción y la ley. Este último - es característico del usufructo pues ya hemos dicho que las regulaciones de vecindad establecidas por el derecho objetivo no son verdaderas servidumbres.

Cronológicamente el primer modo voluntario que se conoció - fué el legado, y más tarde el fideicomiso;posteriormente se admitió - que pudiera constituirse el usufructo por actos entre vivos, utilizando- los modos de adquirir del derecho civil, la mancipatio, la in iure cessio y el pretor luego introdujo los pactos y estipulaciones.

La mancupatio de la mancipatio y de la in iure cessio fueron- modificadas, de manera que en lugar de afirmar el adquirente que el - esclavo o el fundo era suyo por derecho de los quirites, decía que lo - era el derecho de usar y disfrutar del mismo. Cuando la cosa sobre la- que iba a recaer el usufructo era mancipi se imponía elegir alguno de esos modos del derecho civil, pues de lo contrario no se adquiría como tal para el ius civile y entonces la situación sólo podía tutelarse me - diante la acción Publiciana. Lo mismo ocurriría para las res nec manci pi antes de que se conociera la fórmula petitoria que sirvió de base pa ra construir la acción confesoria, con lo cuál se tutelaba también el u sufructo.

Por legado podía dejarse el usufructo de una cosa a una perso- na y la propiedad al heredero:en tal caso el legatario tenía todo el u- sufructo de la misma, o bien legarse la propiedad a uno y el usufructo- a otro:en este caso podía ocurrir que se legara la cosa a una persona - con deducción del usufructo a favor de otra, o que se legaran sin dedu cción el usufructo a beneficiarios distintos. Si sucedía lo primero todo- el usufructo pertenecía al que lo recibía mediante la deducción;en -

cambio en el segundo, caso el usufructo correspondía al legatario de la cosa y al del utendi et fruendi, I, 2, 4, 71, D.33, 2, 19.

Y hablando de la "deductio" podía utilizarse esta para establecer el usufructo por actos entre vivos, cuando el propietario transmitía la propiedad reservándose el ius utendi et fruendi.

Un texto que ha dado que hacer es el de D. 7, 1, 63, Paulo - que dice que a veces lo que no es nuestro podemos transferirlo a otro; así por ejemplo el que tiene el fundo pero no el usufructo, puede sin - embargo ceder el usufructo. Se ha entendido que Paulo ha querido decir que el propietario que no tiene el usufructo sobre su propia cosa - puede crearlo cediéndolo a favor de un tercero. Sin embargo se sostiene que se trata de una solución que establece un ius singulare y no podía referirse a un supuesto tan conforme al derecho común, sino al caso de que habiendo el dueño constituído ya el usufructo, podía cederlo (in iure cessio) a otra persona para el momento en que el primero se extinguiera: confirma esta interpretación Ulpiano, D. 7, 1, 72.

Sobre la adjudicación y la prescripción adquisitiva ya hemos - hablado extensamente al ocuparnos de las servidumbres y nos remitimos a lo que dijimos allí.

Casos de usufructo legal eran los siguientes: el padre tenía el - usufructo, a) de los bienes adventicios de los hijos que tenía bajo su - patria potestad, y aún luego de muertos ellos siempre y cuando no fuera heredero ab intestato de ellos; b) de la mitad de los bienes adventicios de los hijos emancipados. El cónyuge supérstite también adquiría el usufructo: a) la viuda pobre en concurrencia con los hijos en la sucesión del marido: ella obtenía el usufructo legal de una parte viril y los hijos la propiedad. El cónyuge que volvía a casarse convertía en - usufructo la propiedad de las cosas que había adquirido en el anterior matrimonio: herencia, donación propter nuptias, dote, y el dominio pasaba a los hijos de las anteriores nupcias, o sea que esta solución se aplicaba siempre y cuando el cónyuge binubo tuviera hijos del primero del precedente matrimonio.

340o.) Derechos del usufructuario.- El usufructuario tiene derecho a usar y disfrutar de la cosa corporal, mueble o inmueble, sobre - la cuál recae el usufructo, de modo que no sólo comprende la cosa en- sí sino todos sus accesorios y pertenencias. Le corresponden los frutos- naturales e industriales de la misma que estén pendientes al tiempo de entrar en el goce de su derecho, aunque no los haya sembrado o planta do, y aunque estuvieran maduros, D. 22, 1, 15, 71, Juliano D. 7, 1, 27 pr. Ulpiano, pero no en cambio los ya separados no obstante que Fabro atribuyó al legatario todos los frutos existentes a la muerte del causante, estuvieran pendientes o separados. De ese modo si al tiempo que empieza el usufructo están pendientes los frutos de la cosecha anterior el usufructuario tiene derecho a la misma, pese a que no ha hecho gasto alguno. Si fuera un legado y el heredero demorara adir la herencia para privarlo de los mismos, podrá el usufructuario reclamarle su valor como indemnización por los daños y perjuicios sufridos D. 7, 1, 35;36 7 ult.;47 y 60.

El usufructuario adquiere los frutos naturales o industriales maduros al comienzo del usufructo sin que tenga que reintegrar ningún - gasto al propietario. Si este legó al inquilino del campo el usufructo - de la locación, el heredero deberá restituirle todavía los gastos que el usufructuario hizo para obtener la cosecha pendiente, D. 7, 1, 34, 71.

Se pregunta qué ocurre si el propietario del fundo vendiera los frutos naturales o industriales pendientes, y luego legara en su testamento el usufructo del inmueble a un tercero: a quién corresponderá el precio, a los herederos del propietario o al usufructuario? Proudhon sostuvo que debía pertenecer al heredero; Duraton y Demolombe lo adjudicaron al usufructuario.

Este último tiene derecho también a usar y gozar de todos los- accesorios y pertinencias de la cosa; así el legado de usufructo de una- casa o finca comprende: los instrumenta fundi, es decir los implementos que tenga destinados al cultivo, explotación, etc; los suppellectilia: muebles, vajilla, etc. mientras que el legado de la propiedad no incluía esos elementos. La razón es que como el usufructo puede terminar en -

cualquier momento por la muerte del titular no se consideró conveniente o oportuno que este tuviera que amueblar o llevar los instrumentos accesorios para la utilización de la casa o predio.

Por igual principio corresponde al usufructuario del terreno el usufructo del acrecentamiento que obtenga por aluvión o por cualquier otro modo de manera que la franja que se agregue no se diferencia del resto ni esté separada;en cambio y por igual motivo no tiene el usufructo de la isla que nazca en el río y cuya propiedad pertenezca al nudo propietario del predio en su calidad de ribereño.

Si el nudo propietario dió en locación el fundo para que el inquilino cace o pesque, el rédito pertenece al usufructuario:D. 7, 1, 9 75; D. 22, 1, 26, Juliano.

Si el usufructo es de un bosque cabe distinguir si es un bosque talar, o una "silva palaris" o "silva pascua";en el primer caso, o sea cuando se trata de un bosque destinado a ser explotado, el usufructuario puede cortar los árboles para venderlos, aunque el propietario los hubiera destinado para su uso, D. 7, 1, 9, 77 Ulpiano. Si es "silva palaris" o sea no destinadatal corte o talla de árboles, el usufructuario podrá retirar madera necesaria para cercos, apuntalamiento de vides, o de fosos como defensa contra animales, y no puede cortar los árboles grandes. Si es una "silva pascua", que es bosque destinado al pastoreo, no puede cortar árboles.

Cuando el usufructo es de silva palaris o silva pascua el usufructuario adquiere los árboles que mueren pero tiene la obligación de plantar otros en su lugar, pero no adquiere los que derribe el viento o la tormenta, D.7, 1, 12 pr., y el nudo propietario debe retirarlos para no perjudicar al usufructuario en el goce de su derecho D.7,1,19,71.

El parto de la esclava dada en usufructo no pertenece al usufructuario, P.Scaevola y M.Manilio se lo habían adjudicado, pero prevaleció la opinión contraria de M.Bruto, D. 7, 1, 68 pr. Ulpiano, I, 21, 737 pues se consideró que el parto no era un fruto, o bien que el usufructo no se adquiría sobre la esclava para que procreara hijos sino para los menesteres domésticos, etc., ver Gluck, op.cit.Lib.7, tit.1, ps. 173-175.

El usufructuario tenía derecho al goce de las canteras y minas- que estuvieran abiertas o que abriera él en el fundo dado en usufructo siempre que no causara daño a la labranza del mismo. Se discute si adquiría la propiedad de la piedra o del mineral a sólo los intereses del valor de los mismos. El punto es controvertido, ver Gluck, op.cit.ps.170 y ss.unos distinguieron entre mineral que renacía o no;en el primer caso le acordaron la propiedad al usufructuario, en el segundo sólo el disfrute de las sumas que se obtuvieran con su venta. Otros limitan el dis tingo a las canteras pero no a las minas. Y los hay que atribuyen siempre los minerales al usufructuario.

Corresponde al usufructuario también el goce de las sumas que pueda percibir el propietario con motivo del fundo, como censos, lau - demios, etc. En cambio no tiene derecho al usufructo del tesoro que se encontrara en el inmueble;si él lo hallara tendría la propiedad del 50% pero en su condición de descubridor.

Corresponde igualmente al usufructuario el disfrute de las servidumbres establecidas a favor del predio dado en usufructo, y hasta - puede ejercitar la actio confesoria en forma útil para remover los obstáculos que en tal sentido le puedan oponer el propietario del fundo - sirviente o los terceros. Vimos también que según Juliano podía el usufructuario hacer la denuncia de obra nueva al vecino siempre que indicara que obraba en calidad de tal.

El usufructuario puede usar y gozar de la cosa por sí o por medio de otro aunque no se trate de un hijo de familia o de un esclavo - de aquél sino de una persona libre, lo que ocurre si cede o vende el ejercicio de su derecho, no este mismo, lo que no puede, o da la cosa - en locación, siempre que lo haga cumpliendo el destino de la misma y actuando como un buen padre de familia, D. 7, 1, 12, 72, Ulpiano, - D. 7, 1, 27, 71 Ulpiano. Si el usufructo recae sobre vestidos no podrá alquilarlos por cuanto no suele un pater dar en locación los mismos, D. 7, 1, 15, 74 Ulpiano, salvo que no pudieran utilizarse de otro modo - que locándolos, como si se tratara de vestimentas para la escena u otra profesión, D. 7, 1, 15, 75, Ulpiano. El usufructuario puede locar la- cosa al mismo nudo propietario, D. 7, 4, 29 pr.

La constitución de usufructo sobre una cosa termina con la locación que de la misma hubiera hecho el propietario, aunque los alquileres pendientes pertenecen al usufructuario, D. 7, 1, 59, 71 Paulo: podría mantenerse la locación mediante pacto en contrario agregado al acto de constitución del usufructo.

El usufructo puede ser ocasión para el usufructuario de la adquisición de la propiedad, supóngase el siguiente caso: se ha dado en usufructo una casa, y la del vecino amenaza ruina. El usufructuario exige del propietario la caución de damni infecti y no la da, es puesto entonces por un primer decreto del Pretor en posesión de la misma; si al cabo del año el propietario renitente no se ha avenido a otorgar la cautio, dicta el magistrado, a pedido de parte, un segundo decreto que le permitirá al usufructuario adquirir la propiedad del inmueble al término de otro año aunque se terminara el usufructo, D. 7, 1, 7, 71 Ulpiano.

Desde que el usufructuario puede ceder el ejercicio de su derecho podrá igualmente pignorarlo, garantizando así una obligación propia o ajena con los frutos que le puedan corresponder durante la duración del usufructo D. 20, 1, 11, 72 Marciano, D. 20, 6, 8 pr. D. 13-5, 15 pr. Gaio Marciano en D. 20, 1, 11, 72 señala además que el propietario puede hipotecar el usufructo de su cosa, es decir cuando el propietario tiene la plena propiedad puede dar en prenda o hipoteca no toda la cosa sino el usufructo de la misma.

Como la prenda o hipoteca se extingue cuando se acaba el usufructo, se pregunta si sucederá lo mismo si el usufructuario adquiere la propiedad y consolida así la misma determinando con su conducta la extinción del ius utendi et fruendi. La doctrina está dividida al respecto; algunos como Duranton, Pacifici Mazzoni, Pont, Proudhon, Pochintesta, etc, sostienen que en tal caso la garantía no se acaba; otros en cambio, como Bianchi, Chiesi, Dalloz opinan que igualmente se acaba la prenda o la hipoteca, ver nota g) obra de Gluck, lib, 7, tit. 1, ps. 179 y 180.

Ya se ha visto que el usufructuario si bien puede enajenar el ejercicio de su derecho, vendiéndolo, locando la cosa, permutándola, o

dándolo en donación no puede cederlo a tercero, sólo puede ceder el-ius utendi et fruendi al propietario de la misma. Los adquirentes de dicho ejercicio sólo tendrán una acción personal, derivada del respectivo contrato contra el usufructuario, pero no un derecho real, aunque - tengan la cosa en su poder. Todo ello explica que el usufructuario pudiera ceder el ejercicio sin necesidad del consentimiento del nudo propietario o aún contra su voluntad, D. 7, 1, 67, Juliano. Y Justiniano en I, 2, 1, 73 dice que igualmente termina el usufructo, si fuera cedido al dueño de la propiedad por el usufructuario: pues cediendola a un extraño nada hace. Pero Juan Van de Water observa que el alcance - del texto de Justiniano no debe ser el que comunmente se da, o sea de que está prohibido al usufructuario ceder el usufructo a un tercero; lo- que diría el fragmento es que sólo cediendo al propietario se extingue el usufructo, en cambio si se cediera a un tercero, naturalmente, no ocurriría lo mismo. Para afirmar su criterio se sirve de I.2, 5, 71 que dice que el usufructuario puede local, o vender o ceder gratis el derecho que tiene, y en la época de Justiniano, aduce Van de Water, la venta- y la cesión eran la misma cosa. Además sostiene citando a Ulpiano - Fragmentos, tit.19, 710, que en la época clásica podía igualmente ceder el usufructo, quién señala que podían ser objeto de la in iure cessio las cosas incorporales, como el usufructo, ver Gluck, op.cit.lib.7, - tit.1, p.182. Sin embargo el "nihil agitur" de I. 2, 4, 73 quiere decir que en ningún caso la cesión del usufructo es válida. Teofilo en su Parafrasis dice "pero la cesión es ineficaz"; Pomponio en D. 23, 3, 66 - señala el problema que se presentaba cuando se había constituído por el propietario el usufructo a favor del marido en concepto de dote a - favor de su mujer: pues llegado el momento de la restitución dotal el - marido no podía restituir el usufructo ya que no podía cederlo a un extraño y sí solo al dominus, y si lo cediera a un tercero nada haría, sino que el usufructo tornara al propietario, Gluck op.cit.ps.182 y 183. La venta entonces del usufructo sólo podía significar la venta de su ejercicio y Ulpiano en sus Fragmentos, tit.19, 710 se refería a la constitución del usufructo por la vieja in iure cessio y no a la cesión del mismo.

El fragmento de Pomponio crea una nueva dificultad pues como dice que si el usufructuario cede el usufructo este retornará al propietario, se discute si la cesión hecha a tercero hace que el usufructuario pierda su derecho y revierta el usufructo al nudo propietario. Unos dicen que sí, pero otros se niegan a dar tal sentido al texto de Pomponio que utiliza el verbo en tiempo futuro y para quiénes significa que en tal caso el usufructo queda en manos del usufructuario, el que cuando se extinga retornará al dominus. Gluck no entiende así el fragmento - y enseña que para el antiguo derecho la cesión a tercero extinguía el usufructo, no así en tiempos de Justiniano, op.cit.lib.7, tit.1, p.186 y ss. Otros piensan que si bien se extinguía el usufructo por la cesión que - el marido hiciera a la mujer, ello se debía a que, disuelto el matrimonio, aquél debía restituir la dote y no podía conservar el usufructo, de manera que la solución no podía extenderse a otros supuestos de cesión Pero no debe seguirse esta opinión pues, como señala Gluck op.cit. p. 190, lo que hace Pomponio es aplicar simplmente la regla de que el usufructo no puede cederse a quién no sea el nudo propietario.

Para nosotros D. 23, 3, 66 es claro: constituído el usufructo por un tercero al marido como dote de la mujer, disuelto el matrimonio, el usufructuario no puede con la devolución de la dote cederlo a la mujer; si lo hace la cesión es nula, ahora el problema surgía con respecto al usufructo pues el marido no podía continuar con él ya que era dotal Era como si se hubiera constituido por el tiempo que durara el matrimonio, pero no podía volver al propietario atento a que la dote constituída por un tercero, salvo que este hubiera estipulado la restitución a su favor, era de la mujer. Se trataba pues de salvar esta situación: si el marido hacía la in iure cessio a la mujer, irremediablemente el ius utendi et fruendi volvería al nudo propietario, no porque esa fuera la consecuencia en la época clásica de la cesión a un extraño del usufructo, como dice Gluck, sino porque era la consecuencia de que el usufructo se extinguía para el marido con la disolución del matrimonio. Por eso era necesario hallar un medio que salvara el usufructo dotal para la mujer y se arbitraría mediante la cesión de su ejercicio -

que el marido haría a la ex uxor.

El usufructuario puede hacer con la cosa todo lo que sea necesario para el ejercicio de su derecho, pudiendo así mejorarla pero no cambiar su naturaleza ni su destino ya que carece del derecho de alterar su sustancia. No podrá convertir un fundo destinado al reposo y al placer en un campo de cultivo, ni cortar los árboles plantados para la sombra y comodidad de los habitantes, D. 7, 1, 13, 74 Ulpiano, ni tampoco alterar el destino del predio, cambiando por ejemplo la explotación, aunque podrá hacer las modificaciones necesarias para aumentar la renta del mismo si era un fundo fructífero. Por ejemplo si es un campo dedicado a la agricultura no podrá cambiar su objeto, pero sí aumentar el rédito abriendo minas, canteras, siempre que quede espacio suficiente para la explotación agrícola o ganadera, aunque para ello tuviera que destruir algunos olivares o viñas, siempre que con ello mejore la situación del predio, D. 7, 1, 13, 75, sobre cuyas dificultades ver Gluck, op.cit.ps. 196 y ss. Se objeta que cómo es posible que Ulpia no que no admitía que pudiera el usufructuario convertir un jardín en huerta o lugar fructífero, admita que se pueda destruir un olivar o unas viñas para abrir o explotar minas o canteras? Pero es que el jardín no podría convertirse en algo que no condice con su finalidad que es el placer; en cambio un campo dedicado a la explotación y a la producción de renta, mientras no se altere su destino, puede recibir con una explotación derivada un aumento de sus rentas. Se trataba solamente de quitar algunas vides u olivares nada más, no de cambiar todo el destino del predio.

Podía igualmente levantar en el predio una construcción para guardar los frutos recogidos, D. 7, 1, 13, 76; D. 7, 1, 73.

Las mejoras que hiciera debían ser tales que aumentaran el valor de renta de la cosa o no lo disminuyera, no cambiara la naturaleza o destino de la misma, ni causara perjuicio al nudo propietario.

Cuando lo dado en usufructo es una casa no puede el usufructuario hacer ninguna innovación en ella; podrá conservarla, pero nada puede hacer que implique una modificación de la estructura de la misma,

ni siquiera podía cambiar el techo rudo de la misma, poniéndole incrustaciones de mármol, etc, D. 7, 1, 44, aunque podía en cambio colocar pinturas, abrir ventanas, poner estatuas y ornar la casa D. 7, 1, 13 77. No podrá ampliar la casa, cambiar la distribución de la misma, D. 7, 1, 13, 77, edificar más alto, D. 7, 1, 13, 77, ni proseguir la construcción del edificio comenzado aunque le resulte imposible sin ello el goce de su derecho, D. 7, 1, 61. La diferencia con los fundos rústicos radica, dice Gluck, op.cit.p.201, que el usufructuario del edificio tiene el usufructo de la superficie y no del suelo, y en consecuencia no puede, aunque la mejore, modificarla.

Así no podrá, alquilar la casa dada en usufructo a muchas personas, convirtiéndola en un inquilinato, a no ser que ese fuera su destino, o dedicar una casa habitación a negocio, o para un comercio deshonesto, ni habilitar el baño o los baños de la misma para el uso público o bien transformar la casa en estación de caballos o convertir el establo en panadería, D. 7, 1, 13, 7 ult. aunque con ello hubiera logrado una mayor renta, D. 7, 1, 14, Paulo. Si el edificio estaba destinado a la venta de mercaderías podrá rentarlo el usufructuario para que se ejerza igual u otro comercio, siempre y cuando no utilice el usufructo de manera inuriosa para el propietario, D. 7, 1, 27, 71. No podrá convertir el negocio en posada pues en tales lugares solía ejercerse la prostitución.

Si se trata de un fundo podrá enviar a pastar los animales si es tierra llamada "novalis", o sea que tenga ese destino, pero no en las denominadas "integras" que se dedican exclusivamente al sembrado, D 50, 16, 30, 72 y 73.

El que tiene el usufructo de un esclavo debe darle la ocupación acorde con su oficio, no pudiendo enviar a trabajar al campo a un esclavo cuya tarea son los quehaceres de la casa, como un bibliotecario; a hacer de un histrión un empleado de los baños, etc. D. 7, 1, 15, 71, pero si el esclavo carece de oficio e instrucción puede el usufructuario instruirlo en alguna arte, D. 7, 1, 27. Si el esclavo fué comprado con el propietario con la prohibición de destinarlo a ciertos menesteres,

con una cláusula penal, también debe el usufructuario abstenerse de emplearlo en tareas prohibidas, D. 7, 1, 27, 75.

Puede emplear la cosa aunque el uso que le de entrañe el peligro de su deterioro o pérdida, cuando dicho ejercicio coincide con el destino de la misma; podrá así emplear la nave dada en usufructo en la navegación no obstante el riesgo que esta supone pues la nave se hace precisamente para eso, para que navegue: D. 7, 1, 12, 71 Ulpiano.

34lo.) Obligaciones del usufructuario.- Si bien el usufructo es un derecho real que no puede, por consiguiente, de por sí engendrar obligaciones, es necesario observar primero que las mismas podían surgir de un acto ilícito previsto por la ley Aquilia del daño causado injustamente, y en segundo lugar que había otra fuente consistente en la caución que debía dar el titular del intendi et fruendi al propietario de la cosa al tiempo de entrar al ejercicio de su derecho. Dicha "cautio" era referente a utilizar y conservar la cosa como buen padre de familia, a prestarle la custodia, y a restituirla en buen estado.

De ahí que si por un lado el usufructuario responde al propietario con la acción de la ley Aquilia por los daños que pueda ocasionar a la cosa, tiene por otro una responsabilidad mayor, la que deriva de la custodia que se obliga a prestar y que involucra cualquier daño que sufra la misma por su omisión o negligencia, de manera que se hace responsable por la culpa levísima o leve, según los autores que discrepan sobre este punto.

El usufructuario debe hacer las reparaciones que mantengan la incolumidad de los techos: "sarta tecta" del edificio así como las que sirvan para conservar y aún mejorar la casa, siempre y cuando sean "módicas", es decir que se hallen en proporción al valor del usufructo. Pero no tiene obligación, ni tampoco el nudo propietario, de rehacer lo que se deteriora por la vetustad D. 7, 1, 7, 72, a menos que se tratara de un granero que servía para recoger los frutos, D, 7, 1, 50; D. 33, 2, 32, 75: Gluck, op.cit.ps.207 y 208, aunque Genty citado en la nota s), Gluck, op.cit.p.208, explica de otra manera esos dos textos, sosteniendo que en ellos la obligación de restituir los gastos hechos -

por el nudo propietario en la reconstrucción de la casilla o galpón surgía del fideicomiso, ya que se trataba de un usufructo constituído por esa forma, y el fideicomisario debía pagar al fiduciario los gastos que hubiera hecho.

De hacer el nudo propietario reformas para mejorar la situación del edificio deteriorado por el tiempo, no podrá reclamar reembolso alguno al usufructuario; las expensas que este haga, en cambio, por sobre lo que le correspondía puede exigirlas al primero, C.3, 33, 7.

A su vez el usufructuario puede renunciando a su derecho liberarse de hacer las reparaciones que están a su cargo, siempre que no fueran necesarias en virtud de un acto culposo suyo o de sus dependientes, D. 7, 1, 65.

Si el usufructo es de un bosque talar el usufructuario debe substituir los árboles que perezcan por vetustad u otra causa natural, pero no los que fueran extirpados o derribados por acontecimientos que fueran el temporal, un fuerte viento, D.7, 1, 59 pr. Paulo. Tratándose de un vivero debe renovar los planteles, D. 7, 1, 9, 76 Ulpiano.

Cuando se da un rebaño en usufructo las crías nuevas corresponden al usufructuario pero este tiene el deber de reponer las cabezas del ganado que murieran hasta la cantidad de los que hubieran nacido. Dicha subrogación no se opera de inmediato sino que tiene lugar por medio de un acto por el cuál el usufructuario le transmite la propiedad de las mismas al nudo propietario, D. 7, 1, 69, Ulpiano: en el interin el riesgo pertenece al usufructuario D. 7, 1, 70, 771 y 2. El reemplazo debe hacerse con los nacidos durante el goce del usufructo sea que hubieran nacido antes o después de la muerte. No debe en cambio el usufructuario reponer los animales que murieran por causas fortuitas que no fueran la muerte natural.

Debe igualmente el usufructuario pagar las cargas que pesen sobre la cosa, como los impuestos o tributos, los cánones derivados de la enfiteusis o de la superficie, los alimentos impuestos al fundo por el causante que legó el usufructo, etc.

342o.) Derechos y obligaciones del nudo propietario.- Como el propietario de la cosa dada en usufructo conserva su derecho de dominio, se desprende que podrá utilizar la misma y disponer de ella siempre y cuando no afecte el derecho del usufructuario, no pudiendo usar o disfrutarla de manera que le prive de la amplitud de su ius o le oponga algún obstáculo o impedimento que haga más gravoso el ejercicio de aquél. En eso consiste precisamente la limitación impuesta a la propiedad:en que un tercero tiene la facultad de usar y disfrutar de la cosa ajena, dentro de los límites fijados al constituirse, por lo que sólo en la medida que no se afecte el interés ajeno podrá el dominus ejercer los atributos inherentes a su derecho de propiedad. Por eso dice Ulpiano en D. 7, 1, 15, 76 que el dueño no debe impedir al usufructuario el uso ni hacer peor su condición;de ahí que el heredero, sin el consentimiento del usufructuario, tenía prohibido demoler la casa o sacar el árbol que había construído o plantado en el fundo dado en usufructo, ano ser que derribara la construcción antes de que el usufructuario se lo prohibiera, D. 33, 2, 12, Alfeno Varo. No era permitido al nudo propietario establecer a cargo del fundo sobre el cuál un tercero tenía el usufructo una servidumbre ni remitirla, pero podía establecerla a favor del mismo según opinión de Juliano D. 7, 1, 15, 77.

No podía constituir tampoco a cargo del fundo una servidumbre con el consentimiento del usufructuario que perjudicara al derecho de este, pues para ello hubiera sido necesario que cediera el usufructo al nudo propietario, como ya hemos visto, no siendo entonces suficiente con la sola conformidad que prestara el titular del ius utendi et fruendi D. 7, 1, 58, 78. Lo contrario ocurriría si la servidumbre no afectara para nada el derecho del usufructuario, D. 7, 1, 16, en cuyo caso no se necesita el consentimiento del beneficiario del usufructo.

Por favor de la religión se admitió que el nudo propietario pudiera hacer religioso una parte del fundo con el consentimiento del usufructuario:la regla era de que el usufructuario para consentir necesitaba ceder el usufructo y sólo podía hacerlo al dominus del inmueble; el solo consentimiento que prestara era insuficiente. O sea que recupe

rada la plena propiedad el dominus constituía la servidumbre a cargo - del fundo, siempre que aquélla afectara el usufructo, y luego de ello - volvía a establecer el usufructo nuevamente a favor de su ex titular. La excepción consistió en que para convertir una parte del predio en religioso bastó con la simple conformidad del usufructuario. Es más si el usufructo se había constituído por legado y era menester transformar parte del inmueble en religioso para dar sepultura al causante pudo hasta prescindirse del consentimiento del usufructuario, D.7, 1, 17, Ulpiano.

Dado que el nudo propietario no puede empeorar la situación - del usufructuario, se comprende que no pudiera manumitir al esclavo - sobre el cuál se hubiera constituído el ius utendi et fruendi, a no ser - que se hubiera convenido o establecido en el legado que el usufructo duraría mientras no se diera la libertad al siervo D, 7, 4, 15, Ulpiano.- Se explica la solución, ya que el manumitir al esclavo se extingue el- usufructo.

El nudo propietario conservaba el derecho de coerción y castigo sobre el siervo siempre que lo ejercitara sin dolo malo; pero el usufructuario, en cambio, tenía la facultad de una módica coercitio, D.7, 1, 17, 71.

Tampoco podía el nudo propietario edificar más alto en el predio vecino al lado en usufructo si con ello perjudicaba el goce y disfrute del inmueble al usufructuario, o hacer construcciones en el área- de este último, D. 7, 1, 7, 71.

Mientras no afecte el derecho del usufructuario podrá realizar todos los hechos y actos que sean inherentes al dominio, como colocar- vigilancia en el fundo para proteger los lindes, D, 7, 8, 16, 1, Pomponio.

El propietario no está obligado a hacer reparaciones en la casa cuando el deterioro de esta se debe a la vejez, D. 7, 1, 65, 71 Pomponio, a no ser que por ejemplo el causante al legar el usufructo impusiera al heredero la obligación de hacer tales refacciones, D. 7, 1, 46, 71 Paulo, en cuyo caso si este no las hiciera podría compelerlo por la- actio ex testamento. Según Pomponio D. 7, 1, 47, ello era así si en vir

tud de no realizarse tales obras el usufructuario no hubiera podido ejercitar su derecho, en cuyo caso aunque muriera y se extinguiera el usufructo, sus herederos podrían demandar al obligado por los daños y perjuicios que su causante había sufrido al no poder utilizar y disfrutar de la cosa.

Los árboles caídos por el impetu del viento deben ser retirados del fundo por el nudo propietario siempre que hagan más incómodo el goce al usufructuario, pudiendo este intimarlo a que lo haga o a que los tenga por abandonados D. 7, 1, 19, 71 Pomponio: ver Pothier, Pandectas, en latín, t. 1, p.326.

343o.) El usufructo y el derecho de acrecer.- La materia es propia de los legados y por ende de las sucesiones pero conviene dar aquí aunque más no sea una idea somera no sólo porque de ella se ocupa el Digesto en el título 2o. del libro 7, sino también porque era un modo de constituir el usufructo. Si se ha legado el usufructo de la misma cosa o dos o omás personas puede ocurrir, según la forma como se haya hecho el legado, que si una o más de ellas no pudiera adquirirlo, sea por no aceptarlo o por no poderlo aceptar, que su parte en lugar de revertir al propietario, es decir al heredero, vaya a algunos o a todos los demás colegatarios. Esto adquieren así la parte caduca por derecho de acrecer.

En la época clásica si el legado del usufructo se había dejado per damnationem no daba lugar al derecho de acrecer por la sencilla razón de que en tal caso el heredero tenía con cada uno de los legatarios una obligación parciaria: la de constituir a cada uno por su parte el usufructo. La posibilidad del acrecimiento se planteaba entonces con relación al usufructo legado per vindicationem. Como con Justinia no desaparecieron esas distinciones, ya no tuvo importancia que se legara de una u otra manera, y a los efectos del derecho de acrecer, y si en cambio otras circunstancias. Estas fueron las relativas a las formas del legado hecho a dos o más personas.

Podía legarse "re tantum" es decir una misma cosa en cláusulas distintas a dos o más personas, por ejemplo: Doy lego el ius tendi et -

fruendi del fundo Corneliano a Ticio;Doy lego el utendi et fruendo sobre el mismo fundo a Sempronio.

También se legaba "verbis tantum", o sea dando la propiedad o el usufructo a dos o más personas en una misma cláusula pero con asignación de partes:A Ticio y a Seyo por mitad doy lego el ius utendi et fruendi del fundo Corneliano.

O bien el legado podía ser " re et verbis":Doy lego A Ticio y a Sempronio el ius utendi et fruendi del fundo Corneliano.

Como se ve son formas conjuntas de legar, pero la conjunción sustancial entre los beneficiarios existe solamente en las que se llaman "re tantum" y "re et verbis", ya que en la "verbis tantum" sólo formalmente hay conjunción, desde que se atribuye a cada beneficiario una parte distinta de la cosa. Por eso el derecho de acrecer se da solamente en las dos primeras, a saber en los legados "re tantum" y "re et verbis". Podía sin duda la disposición "verbis tantum" dar lugar al acrecimiento si iba unida a otra con respecto a la cuál los colegatarios de la primera aparecieran en relación con el o los de la segunda "re conjuctim":por ejemplo: Doy lego a Sempronio y a Ticio, por mitad, el ius utendi et fruendi del fundo Corneliano. Doy y lego a Lucio el ius utendi et fruendi sobre el mismo fundo. Tenemos aquí:dos legados conjuntos "verbis" y un tercero" re":el usufructo del fundo Corneliano tendrá que dividirse así;la mitad para Lucio y un cuarto para Sempronio y otro cuarto para Ticio. Si Sempronio o Ticio no pudieran o no quisieran aceptar el legado cualquiera de ellos, el que lo aceptara, adquiriría por derecho de acrecer la parte del otro.

La concurrencia de Lucio es la que hace que el legado conductim verbis tantum dé lugar al acrecimiento a favor de Ticio o de Sempronio, pues la intención del causante ha sido que aquél recibiera la mitad y que la otra mitad se distribuyera entre los dos últimos. En pocas palabras, la circunstancia de que se agregue "re" un tercer legatario determina que los unidos sólo verbalmente adquieran la posibilidad de acrecer, pues es como si ellos constituyeran una sola persona en relación con el beneficiario del legado "re tantum".

Fué la ley Julia y Pappia la que introdujo la posibilidad de que la herencia o los legados quedaran caducos con motivo de que los beneficiarios fueran personas que carecieran del número de hijos que la misma determinaba. Es decir, fuera de los ascendientes y descendientes del causante hasta el tercer grado, se tenía en cuenta el ius liberorum, de modo que los solteros o los casados viudos sin hijos se hallaban privados de los derechos que podían derivar de la sucesión ab intestato o testamentaria, pues sus partes se declaraban caducas y pasaban a los herederos o legatarios con los hijos que establecía la legislación o bien al erario o al fisco. No obstante a todos ellos eran preferidos los legatarios con hijos que estaban unidos (conjunctim) en el legado con el que perdía el mismo. No tuvieron dudas los juristas cuando la conjunción se hacía re et verbis, pero se planteó la duda si la misma era verbis tantum; algunos opinaron que sólo podía ser preferido a estos los conjuntos re et verbis, luego los verbis tantum, negando en cambio que tuvieran alguna preferencia los unidos "re tantum" D. 32 (3), 89 Paulo.

Otra excepción al principio de que la conjunción verbis tantum no genera el derecho de acrecer la hallamos en el caso de que el causante asignara partes a los legatarios pero indeterminadas, como si el legado de usufructo a Ticio y al póstumo que iba a nacer de su mujer, por partes iguales. La mujer del causante podía dar a luz a uno o más hijos, de modo que la parte de Ticio no estaba determinada, de ahí que en tal caso tuviera el derecho de acrecer, D.30, (1), 16, 72, Pomponio, D. 34, 5, 7, pr. Gaio.

De lo que resulta que los legatarios re conjuctim eran preferidos al heredero y los verbis et re y los verbis tantum cuando existía otro legado sobre la misma cosa unidos re, lo eran en cambio a los herederos ya otros legatarios. Los legaratios verbis tantum en concurrencia con otros legatarios re tantum, y por las partes asignadas a ellos tenían preferencia a estos últimos, D. 7, 2, 1, 72 Ulpiano, D. 7, 2, 7, Paulo.

Se produce igualmente el derecho de acrecer cuando se ha le-

gado a uno el usufructo y a otro la propiedad de la misma cosa, a menos que se hiciera el legado de la última con la deducción del ius utendi et fruendi, es decir si dice el causante: Doy lego el fundo Corneliano a Ticio y doy lego el ius utendi y fruendi del mismo predio a Sempronio, este comparte el usufructo con el legatario del dominio de la cosa. Pero si el testador dijo: Doy lego a Ticio la propiedad del fundo Corneliano con la deducción del usufructo, el heredero adquiere todo el usufructo. D. 33,2, 19, D. 7,2, 6, 71; D. 7,2, 9. Legada la propiedad de una cosa a dos y a un tercero el usufructo, los primeros tienen el usufructo de la mitad y el tercero el de la otra mitad, ya que se supone que aquéllos han recibido el legado re et verbis conjuctim. Si muerte uno de los legatarios del dominio el usufructo de su parte acrece al otro propietario, si mueren ambos antes de aceptar el legado, el usufructo le queda en su totalidad al legatario del utendi et fruendi Si en cambio el que no pueden adquirir o no quiere es este último, el usufructo no se consolida en la persona de los legatarios del dominio, sino que acrece a estos, D. 7, 2, 3, 72, Ulpiano, lo que tiene importancia pues recibe la parte del usufructo con todas las cargas, lo que no ocurriría si se consolidara, y si el otro propietario muere no quiere o no puede aceptar el legado, su parte del usufructo acrece al primero.

Se puede dejar el legado de propiedad y de una parte del usufructo a uno y a otros el del usufructo, y si uno de los legatarios del utendi et fruendi no pudiera o no quisiera aceptar el beneficio, su parte acrecerá a los demás, entre ellos incluído el que recibió el legado del dominio y de una parte del usufructo, D. 7, 2, 4, y si este último transmitiera el dominio reservándose el usufructo los usufructuarios conservarían el ius adcrescendi D. 7, 2, 5 G io, ya que la deducción que hizo del ius utendi et fruendi no implicaba la constitución de un nuevo usufructo, que hiciera cesar el derecho de acrecer, ver Gluck, op.cit.- lib. 7, tit.2, ps.245 y 246.

El derecho de acrecer tenía igualmente lugar aún después que hubiera el usufructuario adquirido su parte si luego la perdía, por ejemplo si se extinguía su derecho por su muerte: la razón era que el usufruc

se constituía día por día y no de una sola vez, y legado a dos el ius utendi et fruendi sobre una misma cosa, con intención de que si faltara uno tuviera todo el usufructo el otro, es indudable que muerto o producida la capitis deminutio de uno de los legatarios, aún después de adquirido el legado, el usufructo de su parte era adquirida por el otro - por derecho de acrecer, D. 7, 2, 1 y 3; otro motivo para justificar la solución era que el usufructuario habría tenido todo el goce de la cosa si el otro no le hubiera hecho concurso, de modo que desaparecido uno de ello, se volvía a la amplitud original.

Ocurría lo mismo si legado a uno el usufructo de una cosa se legaba a otro el usufructo sobre la misma pero sujeto a una condición suspensiva: en el interín, mientras esta estuviera pendiente, acrecía- el usufructo al legatario que lo había recibido sin modo, D. 7, 2, 6 y 2 Ulpiano.

Ticio lega a Sempronio y a Lucio el usufructo del fundo corneliano para que recojan los frutos de cada año, o de cada doce meses,- o de cada uno de los trescientos sesenta y cinco días del año. Adquirido el usufructo por ambos legatarios, muere Sempronio: Lucio por derecho de acrecer tendrá in solidum el ius utendi et fruendi. En lugar de morir, incurre Sempronio en una capitis deminutio que extingue seu derecho: Lucio igualmente obtiene todo el usufructo. Sempronio recupera su estado anterior mediante una in integrum restitutio concedida por el emperador, readquiere el usufructo en virtud de que se considera que lo adquiría por períodos, años, meses, días, de manera que solo ha - perdido el goce del plazo que transcurrió mientras era esclavo o había estado privado de la ciudadanía, pero no el pertinente a los días o al tiempo siguiente al de su reintegro a la plena capacidad.

Ahora Ticio lega a e Sempronio y a Lucio el usufructo del fundo mencionado pero para que lo disfruten un año el primero y el siguiente el otro; muere Sempronio o incurre en capitis deminutio: el usufructo no acrece a Lucio, pues los años que correspondía a Sempronio se - consolidará con la propiedad.

En cambio si Ticio lega a Sempronio y Lucio el usufructo del

referido fundo Corneliano para que lo ejerciten conjuntamente un año si y el otro no, muerto uno de los legatarios la parte de este acrece al otro, pero no se consolida con la nuda propiedad: hay en tal supuesto derecho de acrecer a favor del usufructuario. Pero si cada uno de estos tenía el goce total de la cosa, con exclusión del otro, por determinados períodos, muerto uno de ellos o extinguido el usufructo por la capitis deminutio, volvería el usufructo en los plazos que le correspondían a aquel su ejercicio, a la propiedad: no habría entonces acrecimiento, D.7, 4, 2 pr. Papiniano, ver Gluck, op. cit. lin. 7, tit. 2, ps. 249 y 250.

La parte del usufructuario que muere o incurre en capitis deminutio acrece no a la parte del otro usufructuario conjunto en la misma cosa, sino a su persona, de manera que si este último había perdido a su vez la suya, por no uso o por cualquier otro modo que no fuera, desde luego, la pérdida de la capacidad, podía no obstante adquirir la parte del otro titular del ius utendi et fruendi por derecho de acrecerm D. 7, 1, 33 y 1 Papiniano: el legatario del usufructo reclamó en juicio al heredero la parte suya y fue vencido; luego por derecho de acrecer obtiene la parte de otro usufructuario conjunto sobre la misma cosa, la reclama al heredero: este no podrá oponerle la excepción de cosa juzgada basado en el primer juicio, en el cual el legatario le reclamó su parte, pues el susufructo acrece a la persona y no a la porción. Había perdido la parte suya pero tenía derecho a la del otro colegatario, de modo que reclamaba en realidad una cosa distinta. Lo mismo si hubiera reivindicado del heredero el usufructo por todo el año cuando le correspondía por plazos de 6 meses, y hubiera sido vencido el usufructuario en el juicio, perdiendo la acción y el derecho por plus petitio: de ocurrir que el colegatario conjunto sobre el usufructo de la misma cosa perdiera el derecho por muerte o capitis deminutio, aquel podía exigir esa porción sin que el heredero, propietario del bien, pudiera oponerle de cosa juzgada la excepción, D. 44, 2, 14 y 1 Paulo, ver nota t), obra de Gluck, lib. 7, tit. 2, p. 252.

Existe al respecto un texto que ha dado origen a enconadas dis

putas y es D. 7, 2, 10 Ulpiano: A y B tienen por legado el usufructo del fundo C. A ejercita la actio confesoria contra D poseedor del predio C para que reconozca su derecho y trabada la litis, pierde el usufructo. B pierde por otra causa, por ejemplo, no uso, su parte en el usufructo. Ulpiano dice que la parte A que perdió el usufructo por que perdió el pleito la consigue el poseedor; pero la parte de B Corresponde a A y no al dueño del inmueble.

Cuiacio, Libros de Observaciones y Enmiendas, lib. 9, tit. 11, op. cit. t. 3, fol. 207, entiende el fragmento así: A litigó contra D que no era poseedor del fundo C: trabada la litis perdió el usufructo. Su parte no pudo adquirirla D porque falsamente se atribuyó la posesión del predio ni tampoco pudo retornar al propietario que no había intervenido en el juicio. En consecuencia la parte de A en el usufructo del inmueble C debía acrecer a B, y si luego este perdía la propia, todo el usufructo retornaba a la propiedad. Observa Gluck, op. cit. lib. 7, tit. 2, p. 254, que Cuiacio se olvida que Ulpiano indica que B había perdido su parte del usufructo.

De ahí que pothier, Pandectas, en latín, op. cit. t. 1 p. 332, nota 5, diga que sea la parte de B que acrece a A aunque este haya perdido la propia, de manera que esta última se habrá consolidado con la propiedad. Suerin, citado por Gluck, op. cit. ps. 255 y 256 entiende el fragmento así: A pierde la posesión del usufructo y demanda a D que es un fictus possessor, es decir uno que falsamente se atribuye la posesión del fundo C. A pierde el pleito y por no uso pierde su derecho de usufructo. Luego B colegatario conjunto con A pierde el suyo por capitis deminutio o muerte. A adquiere, pese a que perdió la suya, la porción de B y demanda al fictus possessor y lo vence: llegado el momento de determinar el monto de los daños y perjuicios que debía pagar el demandado al actor, se trataba de determinar que parte del usufructo había que tener en cuenta y Ulpiano diría que solo la porción que había sido de B y no la de A pues sobre esta había ya cosa juzgada, pero esta no podía extenderse a la parte de B.

Por derecho de acrecer no podía adquirirse la porción del usu-

fructo que se hubiera perdido, a no ser que el mismo se hubiera constituído por legado y el testador lo hubiera "repetido" o "relegado", es decir que dijera, por ejemplo, Doy lego a Sempronio a y a Ticio el ius utendi et fruendi del fundo corneliano de mi propiedad, tantas veces como cuantas sufrieran capitis deminutio, o tantas cuantas veces lo perdieron, D. 7, 4, 3 pr. La relegatio no se admitiá en cambio para el supuesto de la extinción del usufructo por muerte del titular, D. 7, 4, 5 pr.

A deja el legado del fundo corneliano a Sempronio y a Ticio y repite el legado, es decir dispone que valga dicho legado tantas veces como fuera perdido por los legatarios. Sempronio sufre la capitis deminutio máxima o media: Ticio obtiene todo el usufructo por acrecimiento Readquiere Sempronio su estado pleno por restitución que le otorga el emperador: si Ticio perdió el usufructo, le corresponderá enteramente a Sempronio.

Otra limitación al derecho de acrecer era la de que el legatario no podía obtener por ese medio una porción mayor que la que le había asignado el propietario, D. 7, 4, 3 y 2: Sempronio lega a Ticio y a Mevio el usufructo del fundo Corneliano y dispone en su testamento que en caso de que Ticio lo perdiera, se considerara legado de nuevo el ius utendi et fruendi pero solo por la mitad. Ticio sufre la capitis deminutio y pierde el usufructo, luego es reintegrado a su estado de libre y ciudadano, readquiere la mitad del usufructo. Si Mevio perdiera la porción propia, Ticio solo podría obtener por derecho de acrecer la mitad de la misma, la otra mitad se consolidaría con el nudo propietario, y ello debido a que la repetición del usufructo constituía un nuevo usufructo y aunque se mantuviera el derecho de acrecer, este debía restringirse en la medida en que se había reducido el legado.

Es indudable que no podía darse el derecho de acrecer cuando se había legado conjuntamente el usufructo de la misma cosa a varias personas para sufragar las necesidades alimentarias de las mismas, pues de haber ocurrido lo contrario estas hubieran recibido mas de lo que era necesario para la subsistencia, lo que no estaba, sin duda, en la intención del causante, D. 7, 1, 57 y 1.

Tampoco tenía lugar el derecho de acrecer cuando el legado del

usufructo se obtenía contra la condición impuesta por el causante que la ley reputaba sin valor: por ejemplo: legado el usufructo por mitad a Ticio y a una mujer del fundo Corneliano, con la condición de que esta última no se casara, si la mujer se casaba la condición no se cumplía y en definitiva el legado caía. Pero la ley Julia y Papia prohibía una condición semejante, de modo que acordaba a la mujer la parte del usufructo que le correspondía pero no le daba el derecho de acrecer en la porción de Ticio, D. 35, 1, 74, Papiniano: las controversias que ha originado el texto versan sobre la suerte del legado de Ticio, ver Gluck, op. cit. lib. 7, tit. 2 ps. 266 y ss.

344o.) El "dies legati cedit" en el usufructo.- Se llamaba en materia de legados "dies legati cedit" el momento en que el legatario adquiría el derecho de transmitir a sus herederos el beneficio recibido y el "dies legati venit" era en cambio el momento en que aquel obtenía el crédito o la propiedad del legado. De manera que en los legados comunes el primero tenía lugar cuando se producía la muerte del causante, de modo que si luego de ella el legatario fallecía, aunque fuera antes de que el heredero hiciera la adición de la sucesión, pasaba o transmitía el derecho a sus sucesores; y el dies legati venit tenía lugar cuando el heredero hacía la referida adición de la herencia, pues entonces era que el legatario devenía propietario, si se había legado el dominio per vindicationem, y acreedor si se trataba de un legado per damnationem.

Tratándose del legado del usufructo el "dies legati cedit", a diferencia de lo que ocurría en los demás legados, se producía con la adición de la herencia, y ello se explica fácilmente pues siendo un derecho que se extinguía con la persona del usufructuario, no tenía sentido colocar en momentos diferentes el dies legati cedit y el dies legati venit: ambos se producían simultáneamente con la adición de la herencia, y si el legatario fallecía antes de que ello ocurriera y luego de la muerte del causante, no había necesidad de disponer una solución contraria porque su derecho era intransmisible por herencia, D. 36, 2, 2 y 3 Ulpiano.

Cuando el legado de usufructo se dejó desde cierto día o con -

dición suspensiva, se adquiere el derecho no con la adición de la herencia sino con el cumplimiento del plazo o de la condición, D.7, 3, ley ún. y 3 Ulpiano. El legado de las operae servorum se adquiría en cambio con la demanda que de las mismas hiciera el beneficiario al heredero del causante, D. 33, 2, 7 Ulpiano.

Si se lega el usufructo de una cosa anualmente, por días o meses el dies legati cedit tiene lugar cada vez que comienza un nuevo período: año, mes o día D. 7, 3, ley ún. pr.

345o.) Modos de extinción del usufructo.- Finalizaba el usufructo con la muerte del titular del derecho pues no se transmitía a los herederos La circunstancia que podía estipularse , el ius utendi et fruendi para - sí y los herederos, D.7, 4, 38 y 12, Ulpiano no era una excepción atento a que en tal caso se consideraba que había dos usufructos: el establecido para el estipulante y el convenido a favor de sus herederos-

Podía ocurrir que el testador dejara a sus herederos el usufructo de una cosa cuya propiedad legara a un tercero: entre Proculeydnos y Sabinianos se discutía si la deducción del utendi et fruendi era válida, pues aparentemente nunca podría revertir a la nuda propiedad el derecho de los frutos, atento a que la expresión herederos o heredero involucraba, sin limitaciones, o los más próximos y luego los sucesores universales de estos y así sucesivamente. Por eso los Proculeyanos se pronunciaron por la nulidad del usufructo. En cambio los Sabinianos restringieron la deductio al o a los herederos próximos y se sostuvieron que la constitución del usufructo era válida, criterio que siguió Justiniano: C. 3, 33, 14.

Y si el heredero inmediato muriera antes de que comenzara el usufructo en su persona, se transmitiría igual derecho a su sucesor? A- en su testamento impone al heredero B la obligación de transmitir el - dominio a C del fundo Corneliano los 10 años, con la deducción del - usufructo. Antes de que se cumpla el plazo muere B y lo hereda D: - transcurren los 10 años y C demanda a D para que le transfiera la propiedad del fundo Corneliano: podrá D deducir el usufructo? D. 33, 2, 26 pr. Paulo. La respuesta debe ser afirmativa si la intención del cau-

sante fue que dedujera el usufructo el heredero, cualquiera fuera, y no solamente B, no pudiendo decirse que con la muerte de este se había extinguido el usufructo ya que mientras no pasaran los 10 años conservaba la propiedad del inmueble y disfrutaba de él por derecho de dominus,de manera que B nunca había tenido el Usufructo:

Otro caso: A propietario del fundo Corneliano promete por estipulación transferir el dominio a B, y se reserva el usufructo: antes de que transmita la propiedad muere: se pregunta, su heredero D, obligado a ceder el dominio a A, podrá reservarse el usufructo? D.7, 1, 36 y 1 Africano: se responde que ha de estarse a la intención de las partes: si la misma fue que B adquiriera la nuda propiedad y que el enajenante conservara el usufructo, con prescindencia de la persona de este, D podrá hacer la deductio: si en cambio se tuvo en cuenta solo la persona de A, no podrá retener el usufructo.

Legado el usufructo al esclavo o al hijo de familia, es el pater el que, a través del hijo o del siervo, lo adquiere, por lo que la muerte o capitis deminutio del alieni iuris, no afecta su derecho. Pero si muere el pater familias o sufre disminución de su capacidad, se extinguirá el usufructo o bien subsistirá en la persona del filius familias? La cuestión era controvertida entre los juristas clásicos resolviéndola Justiniano por la subsistencia del usufructo en la cabeza del hijo de familia, aunque no fuera heredero del pater, y la razón es que el causante al constituir el legado en la persona del salieni iuris, aunque este fuera un instrumento de adquisición para su pater, había tenido especialmente en consideración su persona, C.3, 33, ley ult. Gluck op. cit. lib. 7, tit. 4, p. 297.

Desde que pudo legarse por el testamento a una corporación o municipio: rescripto de Nerva y senado consulto de Adriano, Ulpiano Fragmentos Tit. 24, y 28, se preguntó si podía dejarse a aquellas el legado de usufructo. La duda es que a menos que se estableciera un plazo, no podía darse con igual facilidad que en el hombre la extinción del usufructo por la del titular del mismo. Las ciudades, los municipios no mueren, y si bien es factible que sean destruídas, cosa que

era frecuente en el mundo de la antigüedad, la posibilidad de que ello ocurriera era realmente remota. No obstante la circunstancia de que pudiera perderse el usufructo por el no uso, y también por capitis deminutio, cuando con motivo de un agravio, la ciudad era privada de sus derechos, llevó a los juristas romanos a admitir que pudiera constituirse el usufructo por legado en beneficio de la civitas, fijándose como plazo máximo, cuando no había otro menor, el de 100 años que era a su vez el máximo en que podía presumirse la duración de la vida humana.

No podía en cambio constituirse el usufructo a favor de una "hereditas iacens" (herencia yacente).

Los frutos naturales pendientes al tiempo de la muerte del usufructuario son del nudo propietario y no de los herederos de aquel; es mas, aun los frutos naturales que hubieran sido separados, corren igual suerte, ya que el usufructuario adquiere la propiedad de los mismos mediante la percepción, o sea la separación que realicen él o alguna persona por él encomendada para ello. Es una consecuencia del principio de que el usufructuario adquiere los frutos pendientes al tiempo de entrar a gozar de la cosa, aunque no haya realizado los gastos para producirlos, el que tampoco puedan sus herederos reclamar al nudo propietario las impensas hechas por obtener los frutos pendientes al tiempo de la extinción del usufructo. Aunque esto se halla controvertido pues Gluck sostiene que en tal caso correspondía indemnizar a los herederos los gastos hechos, la mayor parte de la doctrina rechaza esa opinión que se funda en textos que contemplan dos situaciones especiales: a) la del que debe restituir la herencia al heredero con los frutos pendientes en cuyo caso este último debe reembolsarle las impensas realizadas para obtenerlos; b) y la del marido que debe restituir con la dote da la mujer los frutos pendientes del último año, y que tiene derecho a que esta le restituya los gastos. Son situacionesf particulares que no se aplican al caso del usufructuario como se desprendería de D. 7, 1, 34 y 1 Juliano, pues si el colono al que se legó el usufructo del predio alquilado, puede exigir con la actio ex conducto del heredero

los gastos hechos para obtener los frutos pendientes, es porque como usufructuario no podría exigirlos.

Es lógico que si el usufructuario fue impedido por el nudo propietario o persona que dependiera de este recoger los frutos, los herederos de aquel podrán accionar por los daños y perjuicios. Tampoco se aplica la antedicha solución cuando se trata de los partos de los animales cuya propiedad adquiere el usufructuario con la sola separación, D. 22, 1, 28 pr. Gaio.

Con respecto a los frutos civiles distingue Gluck, op. cit. lib. 7, tit. 4, ps. 305 y ss. dos categorías: 1o.) los que pueden considerarse como sucedáneos o mejor dicho representantes de los frutos naturales: es decir existen los frutos naturales pero el usufructuario percibirá por ellos una suma de dinero, como el alquiler, 2o.) o bien se trata de verdaderos frutos civiles como ocurre con el interés del capital. En el primer supuesto hay que considerar a su vez si los frutos civiles se devengan a cada momento de manera continua, como ocurre con la locación de una casa, una nave, un esclavo, o bien de los que se devengan por ocurrir así con los frutos naturales que representan , en períodos: como ocurre con las cosechas. Si se trata de la primera clase, se dividen los frutos civiles pendientes a la muerte del usufructuario entre los herederos de este y el nudo propietario en proporción a la duración del usufructo durante el período pertinente hasta la muerte del titular del ius utendi et fruendi. Los de la segunda clase en cambio siguen la regla de los frutos naturales: es decir si el locatario recogió la cosecha en vida, del usufructuario, todo el precio de la locación corresponde a sus herederos aunque no lo hubiera pagado por no haber vencido el plazo en vida aquel. Si en cambio el locatario, el colono no recogió la cosecha, muerto el usufructuario, corresponden los alquileres al propietario si este quiere continuar la locación, o bien los frutos en caso contrario.

Tratándose de los frutos de la segunda categoría, o sea de los civiles cuando no hay frutos naturales, los percibidos correspondientes al último año percibidos por el usufructuario, se transmiten a sus here

deros. En cambio se discute que ocurre con los que no hubiera percibido. Unos los acuerdan al nudo propietario, otros a los herederos del usufructuario, algunos los dividen entre ambos en proporción a la duración del usufructo en este último año. Gluck distingue segun que los frutos se hayan adquirido día por día o que ello ocurriera en circunstancias esporádicas: así los intereses del capital, los censos, rentas, aunque no fueran exigibles al tiemoo de la muerte del usufructuario, pueden considerarse devengados día por día; no así en cambio el laudemió las tasas extraordinarias provenientes de investiduras, etc.

También se extinguía el susufructo por la capitis deminutio maxima, media y mínima, pero Justiniano suprimió esta última como causal de segunda el de ciudad y finalmente por la tercera, el estado de familia, de modo que si el usufructuario se daba en adrogación perdía el derecho de usufructo. Justiniano, como se ha dicho, dejó sin efecto esa causal suprimiendo la extinción del usufructo por la capitis deminutio minima.

Es indudable que el usufructo solo puede durar mientras subsiste la cosa sobre la que recae, de manera que si esta perece, aunque no del todo, sino en cuanto a su aptitud para el ejercicio del ius utendi et fruendi, este último necesariamente debe extinguirse sin que pueda renacer de restaurarse la cosa y volverse a su estado anterior. Así si el usufructo es de una casa, destruída esta por un incendio se extingue, sin que pueda el titular pretender mantenerlo sobre el terreno, y si luego se volviera a edificar no renacería su derecho. En cambio si el usufructo era de un campo, el hecho de que el fuego destruyera la villa o edificación no determina la pérdida del usufructo, pues subsiste la cosa en su aptitud para el ejercicio del mencionado derecho.

A la pérdida de la cosa equivale, desde luego, la transformación de la misma, siempre y cuando resulte imposible continuar el goce de la misma en la forma que lo hacía el usufructuario conforme a su naturaleza y destino.

Si el usufructo recae sobre un conjunto de cosas que tienen que cumplir una determinada finalidad, como en el caso de una cuá-

driga la pérdida de una de ellas que torne imposible el destino a que estaban afectadas, extingue el ius utendi et fruendi. Del mismo modo si se constituyó el usufructo sobre un fundo y este fuera invadido por las aguas de un río público, se acaba el derecho sin que pueda renacer cuando el río vuelva a cambiár de curso en forma permanente, ya que el anterior predio al convertirse en cauce se hizo primero cosa pública y luego como alveus derelictus, se distribuirá entre los propietarios ribereños. Otra cosa sería si se tratara de una inundación, o sea de una transitoria ocupación del campo que hicieran las aguas del río: en tal caso el usufructo se mantendrá.

La consolidación es otro modo como termina el usufructo y se ha discutido si la misma debe comprender los supuestos en que el usufructo revierte al nudo propietario y cuando el usufructuario adquiere el dominio de la cosa sobre la cual tiene el usufructo, o debe limitarse a este último caso. Cualquiera sea el criterio que se siga, todas las hipótesis son la consecuencia de un mismo principio: que nadie puede tener servidumbre sobre su propia cosa.

En principio la consolidación extingue el usufructo de modo que no podrá este revivir aunque luego se perdiera la propiedad de la cosa. Así si el usufructuario cedió su derecho al nudo propietario y después este enajena el bien, no podrá aquel pretender que ha renacido el ius utendi et fruendi, y de la misma manera si consolidado el usufructo con la adquisición de la propiedad por el usufructuario, este transmite el dominio a un tercero, no podrá reclamar el derecho que tenía y se había extinguido.

Hay sin embargo excepciones que están dadas por la circunstancia de que la confusión de la propiedad y el usufructo en la misma persona resulte desvirtuada por alguna causal dependiente e del acto mismo que originó la consolidación: por ejemplo, si se legó al usufructuario la propiedad de la cosa y un heredero legítimo atacara con éxito el testamento mediante la querella de inoficiosidad, o por la bonorum posessio contra tabulas: en tales casos revivirá el derecho del usufructuario.

Juliano trae otro caso D. 7, 4, 17 que ha originado discusio -

nes. Es el siguiente: A propietario del fundo Corneliano sobre el cual B tiene el usufructo, lega el dominio a C con la condición de que dentro de los 30 días de su muerte llegue a Roma una nave de Asia. Muerto A, el heredero D transfiere por compra venta la propiedad del fundo a B: se consolida el usufructo. Después se cumple la condición y el dominio pasa al legatario: supóngase que era un legado per vindicationem: el heredero pudo vender el predio pero la enajenación era revocable. A Se pregunta si revivirá en tal caso el usufructo. Juliano contesta que no pues consolidado el usufructo no puede renacer. A primera vista la solución parece injusta: el heredero vendió al usufructuario la cosa pero su derecho a enajenarla estaba subordinado a una tácita condición resolutoria, pues de cumplirse la condición suspensiva de que dependían el legado de dominio, la enajenación caía. De ahí que se haya querido explicar el texto sosteniendo que Juliano daba una solución acorde con el derecho estricto pero no con la equidad. Otros en cambio pensaron que la misma era la justa pues el legatario de la propiedad era un tercero y no tenía nada que ver con el negocio pasado entre el usufructuario y el heredero, sosteniendo que entre estos se ventilaría la cuestión derivada del contrato celebrado entre ellos. Algunos quisieron restringir la solución de Juliano al supuesto de que el usufructuario supiera que la propiedad había sido legada con una condición suspensiva, considerando que si aún así se decidía a adquirir la cosa, debían ser a su cargo las consecuencias.

Resulta en verdad extraño, aunque a Gluck no le parezca, que el legatario de la propiedad que de no existir la condición hubiera adquirido la cosa con el gravamen del usufructo, se vea libre de la misma por la adquisición que hizo en el interín el usufructuario del heredero, no obstante estar la misma pendiente de una condición resolutoria.

Si el usufructo se constituyó por un plazo dado vencido el mismo se produce su extinción, aunque el plazo transcurriera y el usufructuario no pudiera disfrutar de su derecho por impedimentos que le pusiera el propietario, sin perjuicio de reclamarle a este por la acción pertinente la indemnización de los daños y perjuicios que hubiera experimentado.

Una variante interesante es la siguiente: se constituye el usufructo del fundo Corneliano a favor de A hasta que B llegue a los 15 años de edad. Si B muriera antes de alcanzar tal edad, el usufructuario conservará el usufructo hasta que se cumpla el plazo establecido ya que se entiende que lo que las partes o el causante, si el usufructo se hubiera constituído por legado, han querido es hacer depender el derecho no de la vida del tercero sino del transcurso del plazo fijado.

También ofrece interés el caso de que se constituyera el usufructo mientras durara la demencia de un tercero, o hasta que este se curara o bien si se constituyera hasta que Ticio o Seya se casaran: en cualquiera de esos supuestos, si el tercero muriera, perdura el usufructo? Scaevola dijo que si D. 33, 2, 32 yh 6 y a la misma solución llegó Justiniano C. 3, 33, 12, eliminando las dudas que sobre el particular se habían suscitado. De manera que muerta la tercero persona se entiende que el usufructo ha sido constituído por toda la vida del usufructuario.

Cuando el propietario que ha constituído el usufructo tenía una propiedad revocable que se resuelve ex tunc, no ex nunc, es decir con efecto retroactivo al tiempo en que dió origen al ius utendi et fruendi a favor de un tercero, antes, el usufructo se extingue. Si el derecho de propiedad se resolviera sin efecto retroactivo, en cambio ell usufructo subsistiría.

Se pierde igualmente el usufructo por el no uso. Antes de Justiniano si la cosa era inmueble se extinguía el usufructo por el no uso continuado de dos años, y si era mueble por el de un año, Paulo Sentencias, lib. III, tit. 6, y 30. El citado emperador C. 3, 33, 16 fijó en cambio el plazo de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin distinguir entre cosas muebles o inmuebles, aunque esto ha sido objeto de controversias ya que hay autores que quisieron aplicar a las primeras el plazo de 3 años.

Además como la mencionada constitución de Justiniano dice que no admite que por el no uso pueda caducar el usufructo, pudiendo en cambio el propietario ampararse frente al usufructuario en la misma excepción que tendría el poseedor ante el dominus que ejercitara con

tea él la actio reivindicatoria, se ha sostenido que el simple no uso no era bastante para que el usufructo se extinguiera, requiriendose tam - bién que el propietario durante 10 o 20 años utilizara la cosa plena - mente como si el ius utendi et fruendi no existiera. Esto es lo que los autores llaman la "usucapio libertatis", pero la mayoría de la moderna doctrina la rechaza pues solo se exigía en materia de servidumbre urba nas, y se admite que con el solo no uso se pueda perder el usufructo.

Se extingue el usufructo también si el usufructuario se niega a dar la cautio damni infecti, D.39, 2, 9 y 5; por el abandono que a- aquel haga de su derecho en caso de que los gastos de reparación que deba hacer en la cosa le resulten demasiado onerosos, D.7, 1, 64, D.7 1, 65; la viuda pierde el usufructo de los bienes del anterior matrimo - nio del que hay hijos, pasando a nue vas nupcias.

346o.) El cuasi usufructo.- El usufructo solo puede recaer sobre cosas- corporales que no sean consumibles pues por definición el usu - fructuario no podía alterar la sustancia de los objetos que recibía; que- daban así excluídas las cosas consumibles o sea aquellas que se extin- guen o comsumen con elprimer uso. Se planteaba así el problema de - que si se dejaba como legado el usufructo del patrimonio o de una par- te del mismo, quedaban al márgen las cosas consumibles como el trigo, el aceite, el dinero, etc. Un Senadoconsulto de la época del empera - dor Tiberio suplió la dificultad omitiendo que pudiera legarse también- el disfrute de tales cosas, para lo cual se creó una categoría espeical: el cuasi usufructo, D.7, 5, 1 Ulpiano, D.7, 5, 2, 1 Gaio, No era en realidad un usufructo pero se lo asimiló a él por razón de utilidadk, 1, 2, 4 y 2.

En el cuasi usufructo el beneficiario adquiere la propiedad de - las cosas que recibe pues de lo contrario no podría consumirlas y utili- zarlas, en consecuencia, para el destino que tienen, y a cambio debe- dar caución al propietario de que al término del derecho le restituirá - cosas de la misma calidad y cantidad o el valor de las mismas.

La circunstancia de que el beneficiario adquiera en el cuasi usu fructo la propiedad de las cosas, hace que sobre él pese el riesgo de mo do que si perecen por caso fortuito o fuerza mayor responde igualmen -

te por la restitución del equivalente o el pago de su valor.

El cuasi usufructo recae sobre cosas consumibles como el trigo, el vino, el dinero, la lana, los perfumes, el aceite, . Se discute en cambio si los vestidos podían ser objetos de usufructo o de cuasi-usufructo. Como las fuentes se pronuncian en ambos sentidos existen discrepancias al respecto entre los autores. Ulpiano D.7, 1, 15 y 4, considera que eran objeto de usufructo a menos que se legaran las vestimentas como cantidad con la obligación de restituir su valor y no los mismos vestidos recibidos, D.7, 9, 9 y 3 Ulpiano. En cambio en I, 2, 4 y 2 se considera el usufructo de vestimentas como cuasi usufructo.

Para explicar la aparente contradicción hay autores que atribuyen el pasaje de las Instituciones a un error de los compiladores sobre todo que en I. 3, 24 y 5 se dice expresamente que los vestidos pueden ser dados en locación, cosa que no podría ocurrir si fueran consumibles. Otros sostienen que Justiniano quiso referirse al material con que se hacen las vestimentas, y entonces no puede haber duda de que sobre aquel solo puede recaer un cuasi usufructo. Los hay que opinan que los vestidos son concumibles pues se gastan con el demanera que es lógico que el usufructuario deba restituir el equivalente y no los mismos, aunque no es impedimento que el propietario legue los mismos disponiendo que se restituyan en especie. Los glosadores distinguieron entre vestidos de trabajo y vestidos de fiesta; considerando que los primeros eran consumibles, no así los segundos, Gluck op. cit. ps. 362 y ss., quien sostiene que solo puede haber cuasi usufructo cuando se hayan legado los vestidos como cantidad.

Se discute también si el usufructo de un crédito es un verdadero usufructo o un cuasi usufructo. Las opiniones al respecto se hallan divididos. Entre los juristas romanos el problema se circunscribió durante la época clásica a si podía legarse el usufructo de un crédito a otra persona que no fuera el mismo deudor. Nerva opinaba que no por la razón de que la acción surgida del crédito era personal y no podía transmitirse a un tercero, pero Proculo y Casio siguieron el criterio contrario pues nada obstaba a que se cediera la acción al usufructuario, y a

demás sobre la base de la interpretación de una constitución de Antonino Pío, los prudentes habían otorgado en los casos de cesión una acción útil al cesionario, D.7, 5, 3 Ulpiano.

La doctrina disputa si el usufructo del crédito es o no un cuasi usufructo. Algunos autores distinguen: si se da el usufructo sin que el usufructuario tenga derecho a cobrar el capital, sino solamente los intereses, sostienen que hay verdadero usufructo; en el caso opuesto, opinan que hay cuasi usufructo. Gluck, op. cit. p. 371 y ss. se pronuncia por el cuasi usufructo sin hacer distinciones, ya que el crédito es una cosa incorporal.

El cuasi usufructo se constituye por los mismos modos de que el susufructo, aunque también sobre este punto no es pacífica la opinión de los autores, ya que hay quienes solo admiten que pueda establecerse por la vía de los legados o fideicomisos, aduciendo que las fuentes solo se refieren a esa forma de constitución y que si pudiera crearse por contrario no habría diferencias con el mutuo. Este último argumento es errado ya que entre el cuasi usufructo y el mutuo existen importantes distingos: así el usufructuario debe dar caución siempre mientras que el mutuario, salvo convención que así lo estableciera, no ; el cuasi usufructo se extingue con la muerte del usufructuario, el mutuo, no; en este último pueden estipularse intereses, mientras que en el cuasi usufructo, ello no puede ocurrir. En el mutuo siempre hay que restituir cosas de igual género, calidad y cantidad que las recibidas, en el cuasi usufructo a veces en cambio se restituye el valor.

No hay razón valedera, pues, para reducir el ámbito de constitución del usufructo a los legados, aunque las fuentes mencionen a estos, ningún impedimento había para que también pudiera establecerse por actos entre vivos.

El cuasi usufructo es posible siempre que se de caución por el usufructuario al propietario de la cosa, de restituirle el equivalente en calidad, y cantidad al término de su derecho. Se pregunta si dicha caución es de la esencia o de la naturaleza del cuasi usufructo. Se ha sostenido que hace a la esencia pues mediante ella se conserva inalterada la sustancia de la cosa, y como consecuencia de ello se dice que la c-

caución no puede ser remitida. Pero otros autores se oponen a considerara a la caución como un substituto de la propiedad que el que constituye el cuasi usufructo pierde, y la incluyen dentro de los elementos naturales de la institución, de manera que si es cierto que no podía ser remitida por el testador, no había inconveniente de que renunciara a ella el heredero que debía constituir el cuasi usufructo, ya que se trataba del usufructo legal: el del padre sobre los bienes adventicios del hijo, el beneficiario no tenía que suministrar caución alguna, por lo que mal podría decirse entonces que dicha garantía hacía a la misma esencia del cuasi usufructo.

El beneficiario no puede exigir la entrega de las cosas consumibles si antes no presta la caución, y si su propietario le transmitiera el dominio sin exigir la caución, tendría luego una condictio incerti contra el susufructuario para que se la prestara.

El cuasi usufructo no puede extinguirse por pérdida de la cosa, por no uso o por consolidación; termina con la muerte o capitis deminutio del cuasi usufructuario o si llega el plazo que se le asignó.

El fiusufructuario debe restituir cosas del mismo género, calidad y cantidad recibidas; si fueran monedas y cambiara el valor de estas, debe estarse al valór intrínseco que tenían al tiempo de la constitución del usufructo.

347o.) Como se protege el usufructo.- El usufructuario tiene la acción confesoria qpara ejercitarla contra el propietario de la cosa, o el poseedor de la misma, o aún contra quien se ofrezca dolosamente a la litis como poseedor sin serlo, para hacer reconocer su derecho y para que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos, así como le paguen las prestaciones accesorias, frutos, etc. Si con motivo del pleito pierde el usufructo por no uso deberá el poseedor indemnizarlo por todos los frutos que hubiera podido percibir a no ser por la acción obstativa del demandado.

Gozaba igualmente de los interdictos: el uti possidetis para los inmuebles, y el utrubi para las o cosas muebles, siempre que fuera molestado en su casi posesión, y el de vi si fuera despojado del inmueble sobre el cual tenía el usufructo.

348o.) El uso.- El derecho real de uso difiere del usufructo aunque no se sabe todabía a ciencia cierta en que consistían con precisión las diferencias. Es indudable que el "usus" era un derecho menos intenso que el usufructo, pero si la distinción radicaba en una menor extensión o bien en una diversa calidad, es algo que se halla controvertido entre los intérpretes,. Así, fundados en algunos pasajes, sostienen una parte de la doctrina que el uso consistía en un usufructo limitado a las necesidades del beneficiario. Reaccionan otros contra tal concepto, aduciendo que si bien es cierto que en ciertos casos de uso como el uso de un fundo, eso es cierto, no ocurre así en otras especies de manera que no puede ir a buscarse la diferencia en la cantidad sino en la calidad. Consistiría el uso en el derecho de servirse, de utilizar la cosa, conforme a su destino, manteniendo a salvo su sustancia, en tanto que el usufructo además del uso contendría el derecho a los frutos de la misma. Este derecho a los frutos es el que faltaría precisamente en el uso, sin perjuicio de que en algunos supuestos se admitiera que el usuario tuviera derecho a los frutos aunque limitado a sus propias necesidades.

Se conciliarían así fragmentos del Digesto que de otro modo aparecerían como contradictorios. El uso de los bueyes, por ejemplo, no estaba restringido a las necesidades del usuario que podía utilizarlos plenamente conforme al destino de esos animales, D.7, 8, 12 y 3, Ulpiano. Cabe decir lo mismo del uso de una casa que faculta al usuario hasta a alquilarla en parte, siempre que él la ocupe, D.7, 8, 2, 3 y 4; con claridad surge que el usuraio en tal caso puede disponer de la casa dándola en locación, precisamente por la parte que exceda sus necesidades, de un texto de Pomponio, D. 7, 8, 22 y 1.

El mero uso en consecuencia consistía en un derecho que no permitía al usuario la percepción de los frutos, D.7, 9, 5 y 1 Ulpiano, pudiendo utilizar la cosa, por ejemplo, usar el rebaño para abonar la tierra, pero no los frutos, como la lana, la leche, ni los partos, 1, 2, 5, y 4 y D. 7, 8, 12 y 2. Tal era el criterio sustentado por Labeon, aunque en un caso particular, interpretando un legado, Ulpiano opinó que debía interpretarse la voluntad del causante en el sentido de que en un legado del uso de una grey cabía considerar que habían inclui-

do la utilización médica de la leche, D. 7, 8, 12 y 2, interpretación que no debe extenderse a los casos en que se constituye el uso del rebaño por actos entre vivos, Gluck, op. cit. lib. 7, tit. 8, trad. ital. 399.

Cuando la naturaleza de la cosa dada en uso es tal que pueda fácilmente separarse la utilización de la misma de sus frutos, el usuario no puede percibir los frutos: por ejemplo si se trata del uso de un esclavo, de una casa de un par de caballos o de bueyes, Gluck, op. cit. p. 397. Podrá utilizar la cosa ampliamente y no limitando el uso a sus necesidades, D.7, 8, 2 y 1, Ulpiano, D.7, 8, 3, Paulo, D.7, 8 4 Ulpiano, D.7, 8, 5, Paulo, D.7, 8 y 6 Ulpiano; D.7, 8, 8 Ulpiano, no pudiendo en cambio percibir los frutos de la cosa; de ahí la prohibición de darla en locación, salvo el caso de la casa que puede locar la en parte, esto siempre que el usurario viva en la misma, D.7, 8, 12 y 3, 1, 2, 5 y 3, salvo que otra fuera la intención del causante que constituyó el uso mediante legado, D.7, 8, 12 y 4 Ulpiano.

Los casos citados son de cosas que de por sí no producen frutos naturales ni industriales, pero si se tratara de cosas que pueden producirlos, como un rebaño de vacas, ovejas, etc., el usuario no tendrá derecho a tomar los frutos, salvo la excepción de la leche y limitada a sus necesidades a que se refería Ulpiano, en la interpretación que se hacía de la voluntad del causante con motivo de un legado. Pero no podrá tomar la lana, ni las crías ni ningún otro fruto.

La adquisición de la leche en el supuesto antedicho configura una excepción, y reviste igual carácter la que se consagra igualmente en D.7, 8, 12 pr. y 1 Ulpiano: tratándose del uso de una villa se acuerda al beneficiario el derecho de tomar los frutos: hortalizas, legumbres, leña, suficientes para satisfacer sus necesidades. Nerva sostenía la opinión negativa, con prevaleción la contraria de Sabino, Casio, Labeon y Procullo. 1, 2, 5 y 1.

Puede ocurrir que el uso de la cosa sin la percepción de los frutos, en cierta medida, resulte inútil, como si se legara el uso de un parado o de un vivero de peces, en cuyo caso el usuario podrá per-

cibir los frutos (cortar el pasto o pescar) pero en la medida de sus necesidades y la de su familia, D.7, 8, 15 Paulo.

Legado el uso de un monte tallar en cambio el usuario tiene derecho a disponer de la madera de los árboles como un usufructuario, D. 7, 8, 22 pr. Pomponio; lo mismo si el uso recaía sobre una cosa consumible, D.7, 5, 5 y 2 Ulpiano.

El uso se constituye por los mismos modos que sirven para constituir el usufructo, D.7, 8, 1,1 Gaio D.7, 1, 3 y 3 Gaio, I. 2, 5 ver Gluck op. cit. p. 403. Y es posible establecer el uso sobre la misma cosa a favor de dos o mas personas como surge de Ulpiano D.7, 8, 14 y 2 que admite la concurrencia del uso si se legó a uno el usus y a otro el fructus sobre la misma cosa, y de Paulo, D.10, 3, 10 y 1 que concibe la acción de división de cosa común entre usuarios del mismo objeto D. 7, 8, 22 pr. que se refiere al legado del uso de un bosque hecho a varias personas. Pero el uso es indivisible, es decir que cada uno de los usuarios tendrá su propio derecho de uso sobre la cosa, aunque se le haya asignado una parte indivisa sobre la misma.

No cabe descartar del uso el derecho de acrecer ya que, como se ha visto, no se encuentra siempre limitado a las necesidades del usuario, lo que solo tiene lugar por excepción; de manera que es factible que se produzca en el usus el acrecimiento, en cuyo caso el usuario no adquiere la parte del usuario que la pierde, ya que el uso es indivisible sino que adquiere todo su derecho de uso.

Las obligaciones del usuario son las del usufructuario: debe dar caución al propietario de utilizar la cosa como lo haría un buen padre, y de restituirla, sin alterar su sustancia, al término de su derecho. Los gastos de conservación, en cambio, no están a cargo del usuario si el propietario tiene el disfrute de la cosa, D.7, 8, 18 Paulo.

Cabe señalar que cuando el usuario tiene derecho a los frutos que están limitados a sus necesidades, si muere antes de haberlos consumido, aunque los hubiera percibido, no los transmite a sus herederos, pues no los lucra sino que se hallan destinados a alimentarlos, y si no lo hizo en vida dicha finalidad ya no puede alcanzarse.

349o.) La habitación.- Los Sabinianos consideraban que la habitación consistía en el uso de una casa, pero los Proculeyanos por el contrario opinaban que era una variante del usufructo. Algunos juristas de la época clásica se apartaban de tan dispares criterios y sostenían que era un derecho propio, distinto del uso y del usufructo, y hasta hubo quienes llegaron a afirmar que el derecho de habitación confería al titular la propiedad sobre la superficie. Justiniano puso término final a las disputas asignando a la habitación naturaleza propia, diferende del uso y del usufructo y determinando que en ningún caso daría al beneficiario la propiedad o dominio sobre el edificio, C.3, 33, 13. Equiparó a la habitación el uso de una casa para ser habitada y estableció que tal derecho no podía ser superior al usufructo, pero admitió que el titular pudiera dar en locación el edificio Se discute si podía igualmente ceder gratuitamente el ejercicio de su derecho: los que sustentan la opinión negativa se fundan en D .7, 8, 10 Ulpiano, pero Ihering ha tratado de demostrar que en lugar de donar debe leerse locar, es decir que no habitador no podía locar, lo que se explica pues en la época clásica los que veían en la habitación un uso seguían las normas establecidas para este, mientras que los que lo consideraban un usufructo autorizaban que el habitador pudiera locar la casa por completo, sin necesidad de que la ocupara en parte. Cualquiera sea el sentido que se le asigne al fragmento, es indudable que luego de la reforma de Justiniano el habitador pudo locar o ceder gratuitamente el ejercicio de su derecho.

La habitación es parecida al usufructo pero no tan extensa ya que el usufructuario puede dar a la casa el destino que juzgue mas conveniente, siempre que esté dentro de su naturaleza, en cambio el titular de la habitación solo puede afectar a la vivienda.

La habitación constituída por legado no se extinguía ni por no uso ni por capitis deminutio pues se equiparaba al legado de prestaciones periódicas que se reputaba repetido por día , mes o año, de manera que no podía perecer sino para el pasado pero no para el futuro: es decir renacía de continuo. Esto es lo que se quiere significar Modestino cuando señala que el legado de habitación consiste mas en un hecho que en un derecho, D.7, 8, 10pr.

Otra cosa ocurre cuando se constituye la habitación por actos entre vivos, pues y a no se presume que hay pluralidad de legados sino que se establece de una y sola vez, de modo que las causales que extinguen los otros derechos reales que se llaman servidumbres se aplican en tal caso también a la habitación.

350o.) Operis servorum.- Consistía en el derecho de utilizar los trabajos del esclavo ajeno, derecho configurado sobre la cosa de otro y por ende como derecho real. Se diferenciaba del usufructo q porque en este último no solo se adquirían por el usufructuario los productos de las obras del esclavo sino también lo que pudiera lograrse por medio de la persona del siervo. Es decir que las operae servorum se limitaban a los trabajos relativos al oficio o profesión del esclavo: son dichas obras las que disfruta el titular del beneficio, de ahí que no se extinga el derecho con la muerte del titular y se transmita si el plazo aún no ha vencido, a sus herederos. Cuando se constituía por medio de legado o de fideicomiso regía el principio de la pluralidad de legados, de manera que no se perdía ni por capitis deminutio, salvo durante el interín que la misma durara, ni por el no usp, con respecto a las prestaciones no afectadas por la prescripción.

Se extinguía este derecho con la muerte del esclavo sobre el cual recaía o con la usucapión que del dominio hiciera un tercero.

351o) Cauciones que deben prestar los titulares de las llamadas servidumbres personales.- Dos eran las garantías que debían suministrar los titulares del usufructo, el uso, la habitación, etc., consistía en la relativa al uso y disfrute de la cosa como buen padre de familia, y la otra a la restitución de la cosa cuando finalizara el derecho real que sobre la misma se tenía. Esta última era reeemplazada p en el cuasi ú sufructo o cuasi uso por la de devolver el equivalente, o, según los casos, su valor.

Las referidas cauciones se daban por lo general mediante fiadores, o sea terceras personas que se obligaban por estipulación a indemnizar los daños y perjuicios que sufriera el nudo propietario con ocasión del abuso que hiciera el beneficiario del derecho, o la restitución

de la cosa. Circunstancialmente podían ser substituídas por garantías reales: prendas e hipotecas o por la nuda promesa del titular del derecho real.

El único problema que se plantea sobre este punto es si dicha caución podía o no ser remitida por el causante o el nudo propietario. Se acepta que la misma no podía remitirse por el causante en su testamento ni por el heredero, mientras que en cambio no había inconveniente que hiciera la remisión el propietario cuando constituía cualquiera de las denominadas servidúmbres por actos entre vivos. Y se explica la diferencia diciéndose que en el primer caso, cuando se recurre a un acto mortis causa si se hiciera remisión de la caución ocurriría que el beneficiario de la servidumbre personal no respondería por los daños ocasionados a la cosa provenientes de su negligencia o de la falta de custodia, o sea que solo respondería por los daños que fueran sancionados por la ley Aquilia. En cambio si se constituía por contrato este era el fundamento que tendría el propietario para exigir la prestación de la custodia y de la diligencia. Lo mismo ocurriría con la restitución de la cosa que podría reclamarse una vez extinguido el usufructo, el uso, etc. por la misma acción derivada del contrato, mientras que si se hubiera establecido por legado o fideicomiso, el heredero solo podría ejercitar la acción reivindicatoria.

Pensamos que es menester hacer un distingo: dentro de la caución hay dos elementos: primero está la promesa que hace el beneficiario de cuidar la cosa como buen padre de familia y restituirla al finalizar su derecho, dejando a salvo su sustancia, y luego la garantía de terceros que se obligan por aquel a las mismas prestaciones. Esto último podía ser objeto de remisión, sea que se constituyera la llamada servidumpre personal, por acto mortis causa o por acto entre vivos, no en cambio la promesa, por medio de estipulación, que debía hacer el que iba a ser el titular del derecho sobre la cosa ajena pues la misma era la fuente de las obligaciones que surgían a cargo del beneficiario en virtud del acto jurídico que era la fuente de su derecho real.-

# INDICE

## LECCION XVII

## HECHOS Y ACTOS JURIDICOS


| | Pag. |
|---|---|
| 200.- Evolución histórica | 5 |
| 201.- Clasificación | 13 |
| 202.- Origen y trascendencia de la declaración de voluntad | 17 |
| 203.- Los actos ilícitos | 19 |
| 204.- El negocio jurídico. Origen, desenvolvimiento y caracteres | 24 |
| 205.- Definición | 30 |
| 206.- Clases | 38 |
| 207.- Elementos esenciales, naturales y accidentales | 43 |
| 208.- Elementos esenciales o requisitos | 44 |
| 209.- La declaración de voluntad. Modos de exteriorización.- El silencio | 52 |
| 210.- Interpretación de la declaración de voluntad. Distintos criterios. La causa curiana | 53 |
| 211.- El problema de la representación. Negocio jurídico a nombre propio o ajeno | 57 |
| 212.- Vicios de la declaración de voluntad. | 59 |
| 213.- El error | 60 |
| 214.- El dolo | 66 |
| 215.- La violencia | 70 |
| 216.- Los elementos accidentales del negocio jurídico | 72 |
| 217.- El plazo | 72 |
| 218.- La condición | 74 |
| 219.- El modo o cargo | 85 |

Pag.
220.- Resumen ..... 92
221.- Nulidad del negocio jurídico. Origen, clases, la confirmación, la ratificación. Conversión del negocio nulo en otro válido ..... 92
222.- La revisión y la revocación ..... 108
223.- Los actos ilícitos. Caracteres, elementos. El daño. El dolo. La culpa ..... 109
224.- El tiempo como elemento productor de efectos jurídicos ... 123
225.- Cómputo del tiempo. El calendario ..... 128
226.- El tiempo y el derecho. Problemas ..... 136

## LECCION XVIII

## EL PROCESO

227.- Origen y evolución ..... 153
228.- Fases ..... 154
229.- Organización judicial ..... 167
230.- Auxiliares de la justicia ..... 176
231.- Jurisdicción. Imperio y competencia ..... 189
232.- La in jus vocatio ..... 219
233.- La litis denuntiatio ..... 234
234.- El libelo ..... 235
235.- Edictio actionis ..... 236
236.- La acción ..... 238
237.- Las legis actiones ..... 244
238.- El procedimiento formulario ..... 259
239.- Acciones. Clases ..... 276
240.- Excepciones ..... 300
241.- Clases de excepciones ..... 303
242.- Las partes ante el juez ..... 307
243.- Transmisión de las acciones ..... 313
244.- La prescripción ..... 314
245.- Medidas extraordinarias ..... 316

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
FUNDADA EN 1620
QUITO

## LECCION XIX

## PATRIMONIO - LAS COSAS - LA POSESION


| | Pag. |
|---|---|
| 246.- Noción | 321 |
| 247.- Epoca primitiva | 322 |
| 248.- La Bonorum Venditio | 332 |
| 249.- La acción Pauliana | 335 |
| 250.- La petición de herencia | 335 |
| 251.- El peculio prefecticio | 336 |
| 252.- El interdicto quorum bonorum | 336 |
| 253.- La subrogación real | 336 |
| 254.- La sucesión universal | 337 |
| 255.- Evolución de la idea del patrimonio hacia un concepto económico | 338 |
| 256.- Nomenclatura | 339 |
| 257.- Criterio jurídico y económico del patrimonio | 339 |
| 258.- Caracteres del patrimonio | 340 |
| 259.- Elementos del patrimonio | 341 |
| 260.- Las cosas. Clasificaciones | 348 |
| 261.- Las cosas del derecho humano | 351 |
| 262.- Las cosas de los particulares | 354 |
| 263.- La posesión | 357 |
| 264.- Terminología | 362 |
| 265.- La regla: nadie puede por si mismo cambiar la causa de su posesión. Otras cuestiones | 415 |
| 266.- Elementos de la posesión | 433 |
| 267.- Nuestra teoría sobre el animus | 453 |
| 268.- Naturaleza de la posesión | 467 |
| 269.- Clases de posesión | 471 |
| 270.- Quienes pueden poseer | 473 |
| 271.- Que cosas pueden ser objeto de la posesión | 474 |
| 272.- Coposesión | 475 |


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
FUNDADA EN 1620
QUITO

Pag.
273.- Adquisición de la posesión ..... 475
274.- Conservación y pérdida de la posesión ..... 489
275.- Tutela de la posesión ..... 503
276.- Terminología ..... 505
277.- Origen de los interdictos ..... 507
278.- Clases ..... 508
279.- Procedimientos interdictales ..... 510
280.- El interdicto undo vi ..... 512
281.- El interdicto de vi armata ..... 520
282.- Los interdictos uti possidettis y utrubi ..... 522

## LECCION XX

## EL DOMINIO

283.- Noción ..... 525
284.- Terminología ..... 526
285.- Evolución ..... 526
286.- Definición y concepto ..... 529
287.- Caracteres ..... 533
288.- Atributos ..... 534
289.- Clases ..... 535
290.- Restricciones legales ..... 539
291.- Restricciones a la facultad dde enajenar ..... 547
292.- Modos de adquirir el dominio ..... 548
293.- La Mancipatio ..... 548
294.- La in iure cessio ..... 550
295.- La usucapión ..... 551
296.- La adjudicatio ..... 551
297.- La ley ..... 552
298.- La subasta ..... 552
299.- La ocupación ..... 552
300.- La accesión ..... 556
301.- La tradición ..... 567
302.- La prescripción adquisitiva ..... 571

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

Pag.

303.- Que cosas pueden adquirirse por usucapión o por la praescriptio longi temporis ..... 574
304.- Requisitos de la antigua usucapio y de la praescriptio longi temporis ..... 576
305.- Clases de prescripcion adquisitiva en el nuevo derecho ..... 576
306.- Efectos de la usucapión. Interrupción de la misma ..... 582
307.- Usucapio lucrativa pro herede. Usureceptio ..... 583
308.- Modos de extinción del dominio ..... 584
309.- Tutela de la propiedad. La acción reivindicatoria. La acción negatoria. La publiciana ..... 585
310.- El condominio ..... 614
311.- La actio finium regundorum ..... 627

## LECCION XXI

## LOS IURA IN RE - LAS SERVIDUMBRES

312.- Noción ..... 635
313.- Las Servidumbres. Orígenes ..... 636
314.- Definición y naturaleza de las servidumbres ..... 640
315.- Clasificación de las servidumbres ..... 655
316.- Modos de costitución de las servidumbres ..... 658
317.- Las modalidades ..... 672
318.- Contenido de las servidumbres reales ..... 674
319.- Servidumbres urbanas ..... 677
320.- Servidumbres urbanas: Altius tollendi y altius non tollendi 678
321.- Servidumbres de luces ..... 681
322.- Servidumbre de vista y de que no se obstruya la vista (prospectu) ..... 686
323.- Servidumbre de desviar al fundo vecino el agua de lluvia gota a gota, o de no desviarla; o de desviarla por canaleta, o no desviarla por canaleta (flumina) ..... 687
324.- Servidumbre de empotrar viga (tigni inmittendi), de tener tejado o claro o balcon avanzado sobre el predio vecino.. 688

| | Pag. |
|---|---|
| 325.- Servitus oneris ferendi | 689 |
| 326.- La pared común | 690 |
| 327.- Otras servidumbres urbanas | 691 |
| 328.- Servidumbres rústicas. Iter, actua, vía | 691 |
| 329.- Servidumbre de pastaje | 696 |
| 330.- Servidumbre de acueducto. Aque Lauctus | 698 |
| 331.- Servitus aquae haustus | 701 |
| 332.- Otras servidumbres rústicas | 702 |
| 333.- Acciones e interdictos que tutelan las servidumbres | 703 |
| 334.- Extinción de las servidumbres | 714 |
| 335.- Las llamadas servidumbres personales | 717 |
| 336.- El usufructo | 719 |
| 337.- Orígenes | 720 |
| 338.- Caracteres | 721 |
| 339.- Modos de constitución del usufructo | 725 |
| 340.- Derechos del usufructuario | 727 |
| 341.- Obligaciones del usufructuario | 735 |
| 342.- Derechos y obligaciones del nudo propietario | 737 |
| 343.- El usufructo y el derecho de acrecer | 739 |
| 344.- El "dies legati cedit" en el usufructo | 747 |
| 345.- Modos de extinción del usufructo | 748 |
| 346.- El cuasi usufructo | 756 |
| 347.- Como se protege el usufructo | 759 |
| 348.- El uso | 760 |
| 349.- La habitación | 763 |
| 350.- Operis servorum | 764 |
| 351.- Cauciones que deben prestar los titulares de las llamadas servidumbres personales | 764 |


Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO
Quito - Ecuador

Se terminó de imprimir en los talleres
de OFFSET IMPRES - Calle
115 No. 418 Dpto. 4
en abril de 1965
La Plata
***

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM INTENTIO SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

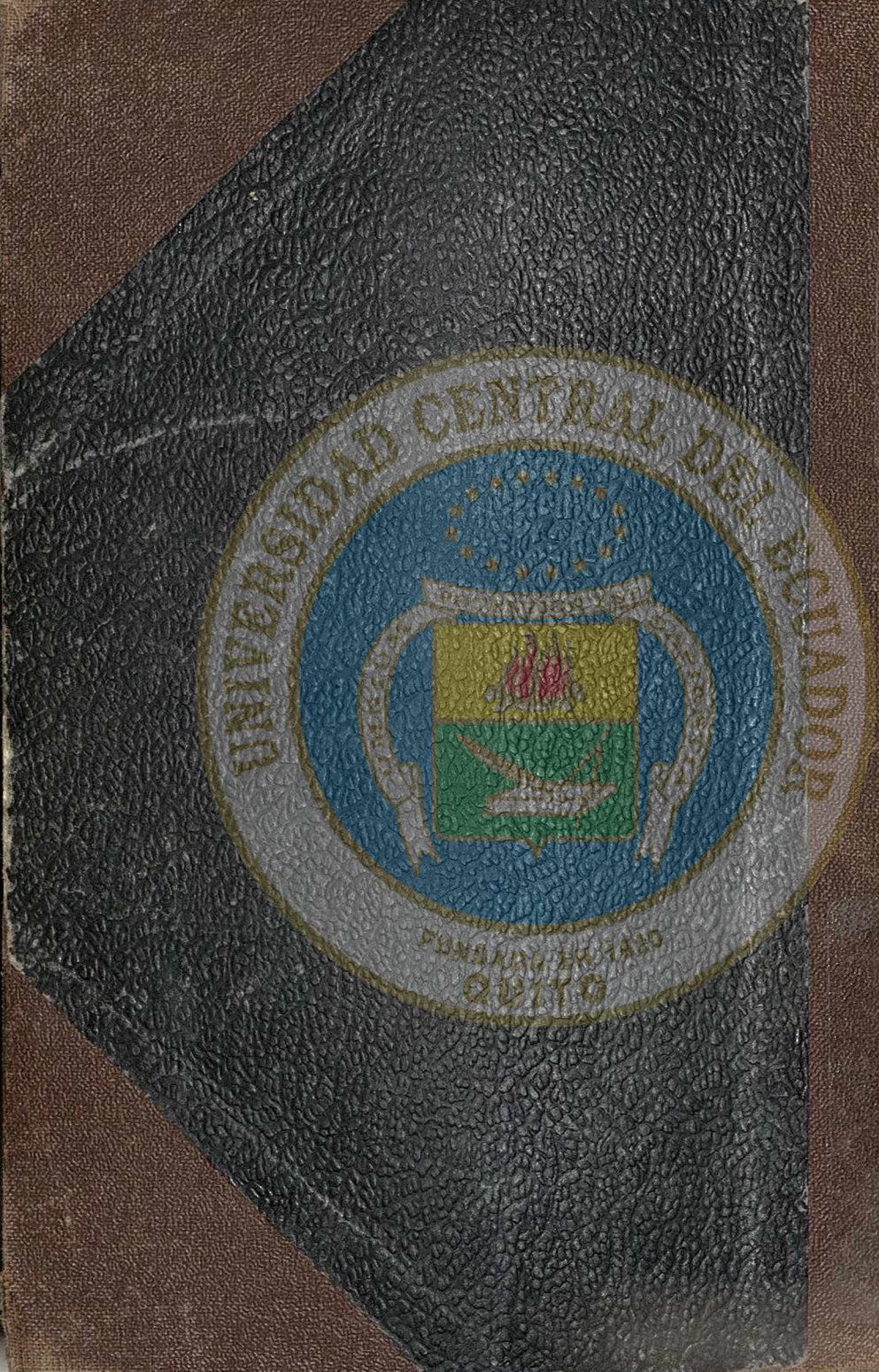
SIB - UCE

| FECHA DE DEVOLUCIÓN | | |
|---|---|---|
| | | |

340.5 Ambrosioni Carlos
A496
V.2 Lecciones de
Derecho Romano

| FECHA | NOMBRE |
|---|---|
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SCIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO