

1  $\frac{V}{E-10}$

REAL ACADEMIA

DE

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

BIBLIOTECA

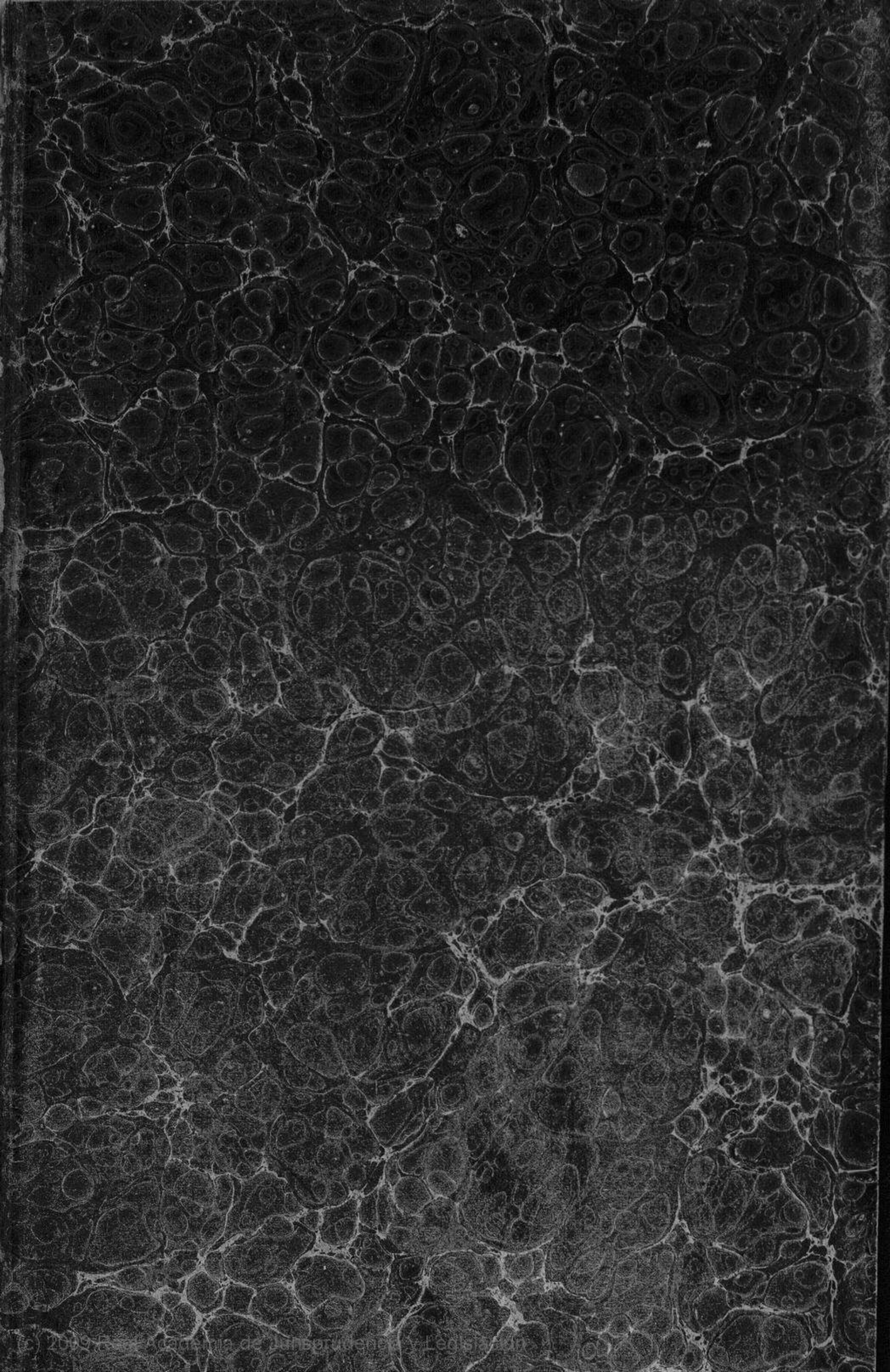
*Núm.* .....

*Estante* ..... 26

*Tabla* ..... 4

OBSERVACIONES

1894



PAP!

347(081)

347.440.01(04)

347.251(04)

347.763(04)

347.252(04)

347.254(04)

347.251(04)

347.636(04)

347.442.23(04)

347.49(04)

347.453.021(04)

1/823

1 ~~V~~  
E-10

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA

CUESTIONES  
JURIDICAS

POR

RODOLFO VON IHERING



TRADUCCIÓN DE

ADOLFO POSADA



MADRID

LA ESPAÑA MODERNA

Cuesta Sto. Domingo, 16.

---

**ES PROPIEDAD**

---

---

**1.007. — IMPRENTA Y ENCUADERNACIÓN DE AGUSTÍN AVRIAL,  
San Bernardo, 92. — Teléfono 3.074.**

Del interés en los contratos.





# DEL INTERÉS EN LOS CONTRATOS

**y de la supuesta necesidad del valor patrimonial  
de las prestaciones obligatorias.**

---

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS

1. *Orígenes de la teoría según la cual toda obligación debe tener un valor patrimonial.*—Se ha pretendido que toda obligación debe tener un valor patrimonial. Es esta una teoría errónea que nuestra ciencia debe al descubrimiento de Gayo, y especialmente á la referencia hecha por éste (IV, 48), según la que el juez romano debía hacer recaer la condenación que pronunciaba sobre una suma de dinero. Los juristas de la escuela llamada histórica han tenido el gran mérito de utilizar de la manera más fecunda para la historia del Derecho este descubrimiento, hecho en su época. Pero procediendo con entera imparcialidad, no podrá menos de censurárseles porque, llevados de su celo y amor hacia la historia del derecho, y en sus esfuerzos por utilizar del mejor modo posible los descubrimientos verificados en esta materia, han tratado las fuentes como si no fuesen el objeto de una aplica-

ción práctica, y si sólo sabias investigaciones arqueológicas, poniendo á un lado sin más, como errores científicos, las reglas de Derecho aplicadas durante siglos.

Tal es lo que ha pasado con respecto de la cuestión del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias. En tanto [que hasta esta época nuestra práctica había ignorado por completo la condición del valor pecuniario de la prestación reclamada en justicia, y no oponía, por ejemplo, dificultad alguna en conceder una acción relativa al cumplimiento de los esponsales, y decidía eventualmente una satisfacción pecuniaria en tanto que declaraba obligatorias las convenciones referentes á la educación de los hijos en una religión determinada, y en caso de lesiones corporales daba una acción de daños por los perjuicios sufridos, el relato de Gayo vino á ofrecer la ocasión de introducir en la jurisprudencia práctica el dogma del valor pecuniario de las prestaciones, sirviendo para dar una base á ese dogma en las fuentes un texto de las Pandectas, B. L. 9, § 2 de estatut. (40-7), *ea IN OBLIGATIONE CONSISTERE, QUAE PECUNIA LUI PRAESTARIQUE POSSUNT* (1).

Hasta esta época, ningún jurisconsulto, que yo sepa, desde los glosadores hasta el presente siglo, había descubierto esta regla importante en ese texto. Todos los intérpretes habían pasado por delante de él

---

(1) Savigny: *Obligac.*, I, pág. 9, nota 6.—Puchta: *Pandectas*, § 220, nota 1.—Arndst: *Pandectas*, § 202, nota 3.—Keller: *Pandectas*, § 222.—Brinz: *Pandectas*, § 89-92-138. Antes, esta opinión era sostenida ya sin acudir á ese texto por Göschen: *Curso sobre el derecho civil común*, II, § 460.—Unterholtzner: *Lehre von den Schuldverhältnissen*, I, § 103. De los autores que posteriormente se han afiliado á esa doctrina, me limito á citar á T. Mommsen: *Teoría del interés*, pág. 122.

sin sospechar siquiera la regla eminentemente fértil en consecuencias que encerraba. En la doctrina actual se ha producido un cierto movimiento, una reacción hacia la época anterior, siendo Windscheidt (*Pandectas*, II, § 251, nota 3) (1) á quien corresponde el mérito de haber entrado en la lucha para sostenerla.

2. *Consecuencias de esta teoría.*—Veamos á dónde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo de un hotel estipula, en su contrato con su patrono, que quedará libre los domingos después de mediodía. ¿Es válida esta convención? ¡No! La libertad del domingo por la tarde, no tiene ningún valor pecuniario para el mozo del hotel, porque piensa dedicar ese tiempo á divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, por el contrario, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa. ¿Puede esta convención ser perseguida en justicia? ¡No! El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario. Una señora enferma, á causa de su estado de salud, y por no tener ruido en su casa, ha dejado de arrendar las habitaciones vacantes; al fin se decide, después de largas vacilaciones, á darlas á un inquilino que le ha prometido tener mucho cuidado, comprometiéndose especialmente á no hacer música. Poco después se descubre que el inquilino es un profesor de piano, que da durante el día lecciones en su casa, y que durante la noche estudia y se ejercita en el referido instrumento. ¿Debe respetar lo pactado?

---

(1) Además de los autores citados, y que han profesado esta opinión antes ó después de él, véase Baron: *Pandectas*, § 208. Por mi parte, me habia separado de la teoría dominante, en mis lecciones, antes de la publicación del curso de Windscheidt.

¡No! La salud y el reposo durante la noche no tienen valor pecuniario.

Según esto, el patrimonio es el único bien que el Derecho civil está llamado á proteger. Los demás bienes son cosas sin valor que no deben preocupar al juez: el juez sólo conoce los intereses del bolsillo: donde éstos no llegan, para él no llega el derecho. Admitamos por un momento ese punto de vista, pero sigamos las consecuencias hasta el fin. Supongamos que el mozo del hotel se haya comprometido á quedar en la casa los domingos por la tarde. Más adelante le molesta esto, y conviene con su patrono en que le dejará la tarde de los domingos libre, mediante una indemnización suficiente para pagar á quien le sustituya. La tarde de los domingos, ¿no tiene ningún valor para el mozo del hotel? Paga por obtenerla. El inquilino antes citado, debe pagar por la habitación 1.000 marcos, y por el jardín 100. ¿No tiene el jardín valor pecuniario para él? La dama enferma del caso supuesto, cede por 40 marcos las habitaciones que valen 50, ¿no conceptúa de ningún valor su tranquilidad y reposo? Todas esas personas *pagan* el bien que quier en tener, y, según los principios más rigurosos del derecho, en caso de falta de cumplimiento de la otra parte, tienen acción para hacer que le restituya lo que han dado. (*Condictio ob causam datorum.*) Sin duda el hecho de que semejantes concesiones contractuales sean pagadas en dinero no resulta siempre de un modo tan claro como en los ejemplos citados. Ordinariamente, la convención se pacta en conjunto, sin que todos los puntos particulares se evalúen en dinero, pero no por eso dejan de ejercer su influjo como factores aislados de la suma total convenida; forman parte de ésta y pesan con su peso propio sin que se advierta. El inqui-

lino, al igual que el comprador de la casa, evalúa el jardín, aun cuando para ambos se haya convenido un solo precio: ambos á dos *pagan* el jardín. Lo mismo ocurre con el mozo del hotel en el caso citado, porque cuando se reserva la libertad del domingo por la tarde obtiene un salario menos elevado que cuando renuncia á ella.

3. *Los romanos reconocieron esas consecuencias y las rechazaron.*—Ese punto de vista tan importante de la remuneración *efectiva*, aunque no directamente *aparente*, de las prestaciones convencionales, que yo no recuerdo haber encontrado en uno solo de los juristas modernos que de la cuestión tratan, no pasaba inadvertido para los juristas romanos. Sabino, al comienzo ya de la era imperial, lo había hecho valer, y Papiniano, que, según él mismo declara, lo había olvidado, no vacilaba, reconociéndolo de nuevo, en abandonar una opinión anterior: de ahí la observación quejumbrosa de Cujas (*Observs.*, II, 27), de que tal ejemplo debería ser imitado por los juristas modernos. En la L. 6, § 1, de *serv. exp.* (18-7), Papiniano suscita la cuestión de si el vendedor de un esclavo puede ir contra el comprador que hubiese faltado al compromiso adquirido de tratar al esclavo con rigor y dureza (*propter poenam homini irrogatam*), y refiere que anteriormente había respondido negativamente fundándose en que:

*Viro bono non convenire credere, venditoris INTERESSE QUOD ANIMO SAEVIENTIS satisfactum non esset;*

pero añade:

*Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam HOC MINORIS HOMO VENISSE VIDEATUR.*

El punto de vista enunciado antes está expresado

aquí con toda la claridad deseable; y no se puede comprender cómo los numerosos exégetas que han estudiado ese texto, haciéndolo objeto de consideraciones edificantes, sobre el ejemplo de amor á la verdad dado por Papiniano, han podido dejar pasar inadvertida una decisión de una importancia tan capital bajo su aspecto dogmático. La teoría del valor pecuniario de las prestaciones obligatorias hubiera revestido otra fisonomía muy distinta. Si las cargas de naturaleza *pecuniaria* disminuyen el valor y disminuyen en el tanto el precio en venta, L. 24 de her. vend. (18-4),

*...quia ideo et minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor,*

lo mismo ocurre con las cargas de naturaleza *no pecuniaria* que pesan sobre el comprador.

Un ejemplo concreto lo tenemos en la L. 10 de serv. exp. (18-7), cuando alguno vende dos esclavos con la restricción: *ne alterius servitutem quam Seji peterentur*, una restricción que no tenía el más mínimo *valor patrimonial* para el vendedor, sino que se había puesto por una mera *benevolencia personal* para el esclavo, y que, sin embargo, como dice el jurisconsulto le había costado su dinero: *minorato pretio vendidit*. Javoleno, en la L. 79 de cont. erut. (18-1), trata de un caso algo distinto (venta con reserva de arriendo), y advierte que Labeón y Trebatio, habían querido negar la *act venditi* en cumplimiento de la cláusula accesoria, pero que él era de distinta opinión:

*Ego, contra puto, SI MODO ideo VILIUS fundum vendidisti, ut haec tibi condictio praestaretur, nam hoc IPSUM PRETIUM FUNDI VIDERETUR, quod EA PACTO venditus fuerat, eaque jure utimur.*

Según esto, en la disminución del precio de venta es en donde radica el equivalente pecuniario de la

consecuencia del despojo ó de la perturbación en el goce de ese jardín.

Llegamos de este modo, aunque sea tomando de la teoría del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias su propio punto de vista, al resultado de que el juez debe *proteger* los intereses y los bienes á los cuales tal doctrina cree deber negar un valor patrimonial. El error nefasto que comete aplicando la regla consiste en que la restringe, para decirlo en breves términos, á la *producción* patrimonial, perdiendo de vista el *consumo* patrimonial. Para el dueño del hotel, la hermosa perspectiva que desde él se goza, es un medio de *producción* patrimonial; si á consecuencia de nuevas edificaciones si le priva de ella, la teoría le concede reparación, porque por ese *hecho pierde* dinero en sus negocios. Para el particular, la hermosa perspectiva es sólo un objeto de *consumo* patrimonial; si se le priva á causa de las edificaciones nuevas, no obtiene, según esa teoría, reparación alguna, porque sólo pierde un mero goce. Pero en realidad pierde también dinero, el dinero que ha pagado por la casa en razón de su hermosa situación.

Esta teoría no resiste, pues, al examen ni aun desde su propio punto de vista; entraña una contradicción interna; quiere proteger el *patrimonio*, y lo deja sin protección dondequiera que ha perdido su forma apreciable para convertirse en bienes ideales, tales como el placer, la salud, el recreo, etc., etc.

5. *El punto de vista es falso en sí mismo.*—Pero semejante punto de vista es totalmente falso en sí. No es verdad que el patrimonio constituya el único bien que el Derecho tiene que proteger, como objeto del contrato, y que los demás bienes no puedan llegar á participar de esta protección más que por la vía in-

dicada, esto es, haciéndolos derivados del patrimonio. Esos bienes tienen el mismo derecho que el patrimonio á presentarse ante el juez para ser protegidos por sí mismos; son además indispensables para la vida de un pueblo civilizado, y desde el momento que el *contrato*, esto es, el principio de la organización autónoma individual de la vida, es admitido con relación al *patrimonio*, no se advierte por qué han de ser menos los referidos bienes. La policía y la justicia criminal no protegen sólo el patrimonio; extienden su brazo tutelar á todos los bienes sin los cuales la vida civil es imposible. El juez civil ¿puede proceder de otro modo? No se ve motivo alguno intrínseco para la diferencia. La lista de los bienes cuya protección el Derecho confía á la policía y al juez criminal debe servir también para el civil. Que el derecho á esos bienes tenga su fundamento en la ley ó en la convención, ¿qué puede importar eso para saber si son dignos de protección?

Pero, se dirá: la policía y el juez de lo criminal tienen otros medios de protección que el civil; *pueden* proteger los bienes no patrimoniales; el juez civil no puede. He ahí en dónde está el error. La protección del juez civil se pretende que ha de faltar porque no tiene á su disposición el sable y la prisión, y sí sólo la condena pecuniaria, y se cree que con ésta no puede proteger más que los bienes que puedan reducirse á dinero. Concediendo (se dirá) al juez civil las armas de la policía ó del juez penal, estará en situación de proteger también los bienes que no encuentran su equivalente en dinero; todo depende, pues, de esta extensión de poder.

Por mi parte respondo: que el juez civil haga una *sana* aplicación de la pena pecuniaria, y encontrará que en la mayoría de los casos es suficiente por completo.



6. *Extensión del poder del juez civil.*—El poder dado al juez de condenar al pago de dinero, no se restringe, en efecto, sólo á la función á que la teoría criticada se refiere exclusivamente—yo la llamo la función de *equivalencia*,—es decir, á la determinación del valor pecuniario de la prestación. A esta función se juntan otras que designaré como *función penal* y *función satisfactoria*.

Por *función penal* no entiendo la *imposición* al demandante de una pena privada, que era el fin de las acciones penales romanas, sino la *amenaza* de una pena como medio de presión para el caso de incumplimiento de la orden judicial, según el lenguaje romano, la imposición de una *multa*, por oposición á la *poena*. El juez que por el empleo de esa amenaza no alcanza el resultado deseado, debe censurarse á sí propio por no haber empleado con bastante energía el medio puesto á su disposición. Si 10 marcos no bastan, que conmine con 100, 1.000, 10.000 ó más. El medio no deja de ser eficaz más que con respecto de los que sean absolutamente pobres. Pero no tengo para qué investigar aquí qué otros poderes debe poner el Estado á disposición del juez; sólo quiero mostrar lo que el juez puede hacer por medio del dinero, en el supuesto, naturalmente, de que obra con prudencia, para proteger con eficacia los *bienes no económicos*.

La simple conminación de una pena pecuniaria no basta para poner á salvo los intereses del derecho-habiente que reclame el cumplimiento de un contrato. La medida mira al porvenir, y la pena conminada y hecha efectiva no va á parar á su bolsa, sino á la caja del fisco: no es una *poena*, sino una *multa*. Bastará que el demandado prolongue el proceso por medio de subterfugios, para que antes, caso de que el

juez llegue á conminarle con la pena, resulte ésta sin objeto, quedando así frustrado el derecho del demandante. Es preciso, pues, como complemento, que el juez tenga la facultad de servirse del dinero, no sólo para el *porvenir*, sino también para el *pasado*, y en su virtud, pueda condenar al demandado á pagar una indemnización al demandante en relación con la lesión definitiva de su derecho. La *satisfacción* destinada á garantir contra la ruptura *consumada* del contrato, es también tan indispensable para la fuerza jurídica de las convenciones, como la amenaza de una *pena* con el fin de impedir la ruptura *inminente* del contrato. Negar ese poder al juez es condenarle á la impotencia y dejar sin protección el derecho del demandante.

¿Pero qué medida posee el juez para evaluar en dinero el valor de una lesión jurídica que tenía por objeto, no la *cosa*, sino la *persona*? Y yo respondo: ¿Qué medida tiene para *conminar con una pena*? ¿Fijará 10, 20, 30, 100? Pongamos en esta situación á un teórico lleno de escrúpulos, á un lógico que no hace nada sin razón coercitiva: no logrará jamás tomar una decisión, porque, ¿cómo señalar 30 marcos, y no 40, 50 ó 60, ó sólo 20? Sería la posición del asno de Buridan ante dos cajas de heno absolutamente iguales. En realidad, ningún asno se ha muerto de hambre en esta situación; sólo el asno de la teoría puede mantenerse en una abstención vacilante... pero es porque no padece el hambre. Lo mismo pasa con el juez. El carácter mismo de su misión grave, la responsabilidad de su posición, le ponen á cubierto de semejantes escrúpulos dialécticos; y cuanto más penetrado esté de su deber, menos vacilará en calcular las penas para esas violaciones frívolas de obligaciones

contraídas, tan alto, que no sólo dé plena satisfacción al sentimiento jurídico lesionado del demandante, sino que también el ejemplo dado ejerza, sobre los demás un saludable efecto de intimidación.

No examinaré si la jurisprudencia de los tribunales alemanes se ha penetrado siempre de todo esto por completo. De todos modos, la jurisprudencia de otros países, por ejemplo, Francia y Bélgica, muestra que la falta de medida fija de las violaciones del derecho, de una tarifa de las rupturas de los contratos, no impide emplear la función penal y satisfactoria del dinero de tal manera, que los intereses de naturaleza no patrimonial, encuentran igualmente la protección que les corresponde, y que la lealtad y la buena fe en las relaciones obligatorias no resultan en la realidad meras palabras vanas.

Las explicaciones que siguen probarán que los romanos han conocido muy bien las tres funciones del dinero que acabamos de distinguir: la función de equivalencia, la función penal y la función de satisfacción, y que no han opuesto dificultad alguna al hacer la aplicación de la segunda y de la tercera, de la manera más amplia al par que más enérgica.

## CAPÍTULO II

### ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ROMANO

§ 1.—Ejecución forzosa de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales.

7. *Acciones arbitrarias.*—Paso en silencio la función de equivalencia del dinero, porque es universalmente conocida, y abordo inmediatamente la función *penal*. Requiere menos una prueba especial, que el simple recuerdo de cosas de todos sabidas.

Había en Roma toda una categoría de acciones (que tendían á *exhibir* y á *restituir*), en las cuales el juez romano recibía como misión del magistrado que le nombraba, imponer desde luego al demandado la prestación real (*arbitrium*), no condenándole con dinero más que cuando no se conformase con esta orden, en cuyo caso le condenaba, en castigo de su desobediencia (*contumacia*), en el tanto, según la estimación hecha por el demandante bajo juramento (*juramentum in litem*). Desde el momento en que la acción se reconocía como fundada, el demandante quedaba constituido en árbitro de su propia causa (*arbiter litis aestimandae*), y en tal supuesto, era juramentado como todo juez ó árbitro. Se trata, no de fijar el *valor pecuniario* de la

prestación, sino de determinar la *suma satisfactoria* que debía pagar el demandado que de mala fe había negado la prestación ó la había hecho imposible. No era el interés material, sino el ideal de la lesión frívola del derecho, lo que debía encontrar reparación.

L. 1. de in lit. jur. (12-3)... *ex CONTUMATIA aestimatur ultra rei pretium.*

L. 8. ibid... *non est aequum, pretio (id est quanti res est) litem aestimari, cum et contumacia PUNIENDA sit.*

8. *Cauciones.*—Se imaginaria, en mi concepto, de una manera completamente inexacta, la posición del juez romano, si se quisiera sostener que en las acciones que no pertenecen á la categoría de las que acabamos de indicar, el juez no podía dirigir amonestaciones al demandado que obstinadamente se negase á efectuar la prestación prometida (por ejemplo, entregar la cosa vendida ó facilitar la casa alquilada), siempre que estuviese en situación de hacerlo. Sería un error creer que el juez no podía ejercer una presión sobre el deudor, amenazándole por adelantado con una condena ó pena tan elevada, que tenía que parecerle desventajoso persistir por más tiempo en su negativa. En lo que concierne á la orden dada en justicia, de abstenerse en el porvenir de verificar ciertos actos, por ejemplo, de ejercer una servidumbre, el juez podía indiscutiblemente conminar con una pena, salvo que en esta ocasión se servía en el procedimiento romano, de una promesa de pena hecha al demandante (*cautio*), de una pena convencional fijada é impuesta por el juez al demandado.

9. *Podere del Pretor: Ejemplos.*—Además del *judex*, había en Roma el magistrado (pretor), y si se quiere comprender la organización romana del poder coactivo judicial (lo *judicial* en su sentido actual), es

preciso no perder de vista la importante participación del magistrado en ese poder. Para garantizar la administración de la justicia, el magistrado disponía de medios coactivos que correspondían al poder del magistrado en general, y entre esos medios figuraba la amenaza de una pena pecuniaria, de una *multa* para el recalcitrante. Poco importa que los romanos hablen ó no de una *obligatio*, en el caso en que, suponiendo la acción incontestada, el magistrado cohibía en virtud de su oficio al demandado rebelde á efectuar la prestación. El magistrado cohibía al deudor á hacer las *prestaciones debidas*: eso, y no la palabra *obligatio*, es lo que para nosotros constituye el punto esencial.

De ese modo es como, por ejemplo, imponía la libertad del esclavo, ordenada por testamento (*fideicommissaria libertas*), y la compra previa de un esclavo extraño con el objeto de libertarlo. L. 6, 12, 13, 15, 24, § 12, etc. de fideic. lib. (40-5). Imponía la emancipación de las hijas del legatario ordenada en el testamento. L. 92 de cond. (35-1)... *COGENDUM emancipare, neque enim debet circumveniri testatium voluntas* Pablo. Sent. Rec. IV, 13, § 1 (derecho anterior. L. 114, § 8 de leg. I, 30). Velaba por la observancia de las disposiciones testamentarias del padre respecto de sus hijos, L. 7 in f. de ann. leg. (33-1)... *interventu judicis haec omnia debent... ad effectum perducí*, respecto de sus funerales. L. 14, § 2 de relig. (11-7). *Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit... extra ordinem cum a praetore COMPELLENDUM funus ducere*, respecto de la construcción de un monumento. L. 50, § 1 de her. pet. (5-3)... *principali vel pontificali auctoritate COMPELLUNTUR ad obsequium supremæ voluntatis*. Vigilaba la observancia periódica de las ceremonias religiosas usuales de parte

del esclavo libertado con esta carga. L. 44 de man. test. (40-4)... *officio tamen iudicis eos esse COMPELLENDOS testatricis iussioni parere.* L. 71, § 2 de cond. (35-1.)

El padre que, sin razón, niega el consentimiento para contraer matrimonio á uno de sus hijos ó la dote de su hija, es obligado por la autoridad. L. 19 de R. N. (23-2)... *per proconsules praesidesque provinciarum COGUNTUR.*

A los testigos testamentarios se les cohibe para reconocer sus sellos. L. 4. Test. quemand. aper. (29-3)... *praetoris id officium est ut COGAT signatores convenire et sigilla sua recognoscere.*

El tenedor del testamento puede ser constreñido á comunicarlo y á dejar sacar copia. L. 2, § 8 *ibid*... *omni modo ad hoc COMPELLATUR.*

El árbitro elegido, con su consentimiento, por la parte, puede ser compelido á practicar la instrucción del litigio y á dictar sentencia. L. 3, § 1 de rec. gen. arb. (4-8)... *ubi semel quis in se receperit arbitrum, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat.* L. 32, § 12 *ibid.* *Multa adversus eum dicenda est.*

El marido puede ser compelido á cuidar del sostenimiento de su mujer loca. L. 22, § 8. Sol. mat. (24-3)... *adire iudicem competentem, quatenus NECESSITAS imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta praestare et medicinae ejus succurrere;* igualmente los padres y los hijos pueden ser constreñidos á alimentarse recíprocamente. L. 5 de agnosc. lib. (25-3), § 1 (COGATUR), § 2 (COGAMUR), § 5 (COMPELLATUR), § 8 (*ali* JUBENUT), etc., etc.

Con relación al tutor, apenas si se necesita advertirlo. Se ve hasta dónde extendía el magistrado su so-

licitud por los pupilos y qué uso hacía de sus poderes para eso en la L. 1 § 2 ubi pup. educ. (27-2), donde el jurista se pregunta, si en caso de necesidad el magistrado no tiene el poder de cohibir á los parientes más próximos á recoger y educar al menor (por supuesto mediante una pensión) y responde afirmativamente: *Quaestionis est, an debeat etiam INVITUM COGERE, utputa libertum, parentem vel quem alium de affinibus cognatisve? Et magis est, ut interdum debeat id facere.*

Los ejemplos expuestos tienen todos por objeto actos *personales*. Pero el magistrado romano no vacilaba en imponer directamente la misma *prestación real* cuando ésta era exigida por las circunstancias, y no hubiera sido posible reemplazarla por la satisfacción pecuniaria: lo prueba así la L. 12 pr. de relig. (11-7) que concede al pretor el poder de forzar al propietario vecino á ceder el paso necesario al poseedor de una tumba.

*Praetor enim COMPELLERE debet, justo pretio iter ei praestari.*

Otro ejemplo de la imposición directa de la prestación lo tenemos en la obligación de ejecutar una obra prometida al común: L. 13 de pollic. (50-12) *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, opera EXSTRUERE DEBERE eos qui pro honore pollicite sunt, non PECUNIAS pro his inferre cogi.*

L. 8 ibid... *Cum et absens per amicum perficere id opus possit. Iudices... si opus perfici ab eo debere CONSTITUIRENT obedire eum reipublicae ob hanc causam JUBEBUNT.*

Lo mismo ocurre en el caso en que la obra hubiera sido ordenada por testamento. L. 11, § 25 de leg. III (32). *Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare reipublicae ut ipsa faciat, cum testator per ipsum*



*id fieri voluerit, non audietur et ita D. Marcus rescripsit.*

Vese claro por estos textos cuán falso es sostener que en el procedimiento formulario de Roma, los jueces no podían condenar sino en dinero; se olvida que al lado del *judex* estaba el pretor.

Un ejemplo del derecho posterior lo tenemos en la ley (no glosada) 46, pr. Cod. de episc. (1-3)... *intra annum dumtaxat id fieri cogere*, § 2 *ibid. praesidibus provinciarum NECESSITATEM IMPONENTIBUS heredibus.*

10. *No es exacta la afirmación de que en el Derecho romano solo las prestaciones en valor pecuniario podían constituir el objeto de una acción.* Los materiales contenidos en las fuentes ponen á cualquiera en situación de resolver la cuestión de si la autoridad en Roma se encontraba ó no en posición de procurar á sus mandatos la obediencia necesaria. En la mayoría de los ejemplos citados se trata precisamente de prestaciones que no tienen *valor pecuniario*, y en las cuales por tanto, de ser exacto que según el Derecho romano, sólo las prestaciones de valor pecuniario podían ser objeto de la acción, no debía caber la protección jurídica.

El primer error que se ha cometido en esta cuestión es el de haber olvidado al pretor, que figuraba al lado del *judex* romano. Ahora bien; los poderes que nuestras fuentes conceden al uno y al otro están reunidos en la persona del juez moderno. El segundo refiérese al alcance de la condena pecuniaria pronunciada por el *judex*; y se presenta aquí la función tercera antes indicada del dinero: la función de satisfacción. Consiste ésta en que el juez conceda al demandante una suma de dinero en vista de la lesión de su derecho por parte del demandado, no como *equivalente*, en el sentido *económico* (*verum pretium, rei aestimatio* ó

*quanti ea res est, id quod interest*, en el sentido económico) sino como *satisfacción de un sentimiento jurídico lesionado*, como equivalente por el *perjuicio causado en sus intereses no económicos*.

§ 2.—Empleo de la condena pecuniaria con un fin de satisfacción.

11. *Acciones penales*.—La función penal del dinero en los delitos del Derecho romano dirigidos, no contra el patrimonio, sino contra la *persona*, es conocida de todo jurista. Citaré, á modo de ejemplo, la *actio injuriarum aestimatoria* y la *actio sepulcro violato*. Pero lo que aquí nos interesa no es la simple existencia de esas acciones penales y el empleo del dinero con un fin penal, sino más bien la justificación de esos dos hechos de parte de los juristas romanos *desde el punto de vista del interés*, esto es, el reconocimiento del fin ideal de *satisfacción* del dinero. Los materiales que las acciones penales ponen á nuestro servicio tienen, en nuestro concepto, el más alto valor en cuanto nos muestran en qué medida el Derecho romano protege el interés.

A esos materiales añado, por mi parte, otros más que se refieren á la protección del interés, *independientemente de la hipótesis de un delito*. Todos ellos, tomados en junto, me servirán para contestar á esta cuestión: ¿Cuáles son, además del dinero, los *intereses* que el Derecho romano reconoce y protege?

## CAPÍTULO III

### INTERESES NO ECONÓMICOS RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO ROMANO

12. *División de dichos intereses.*—Voy á dar una idea de los intereses *no económicos* del Derecho romano, sin distinguir la *forma* bajo la cual son protegidos (por medio de una acción penal ó de una acción reipersecutoria), ni la *circunstancia* con ocasión de la cual son reconocidos como jurídicamente relevantes (aun fuera del caso de la *acción*). Si logro establecer de ese modo la *extensión de la noción romana del interés*, podré aplicarla á la cuestión de saber qué intereses pueden ser el objeto de un *contrato*.

Divido esos intereses en dos clases, á saber: aquellos cuyo fin reside en la persona de un tercero, y aquellos cuyo fin radica en nuestra propia persona.

#### SECCIÓN PRIMERA

*Intereses cuyo fin radica en la persona de un tercero.*

##### 1.—Afecciones de familia.

13. a) *Actio de servo corrupto utilis* del padre con relación á la seducción de sus hijos.

L. 14, § 1 de servo corr. (11-3). ...*utilis competit officio judicis AESTIMANDA, quoniam INTEREST NOSTRA animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

La antítesis entre este interés y el interés pecuniario resultante de la subordinación del esclavo, está expresamente indicada al principio del texto (*servi qui in patrimonio nostro esset—pauperiorem se factum esse dominus probare potest*): se reconoce, pues, que, con relación á los hijos, no hay interés pecuniario en cuestión, y, sin embargo, el juez debe pronunciar una condena pecuniaria.

b) *Actio injuriarium*, con ocasión de una injuria inferida al hijo ó á la esposa.

Pablo. S. R. 4, § 3. NOSTRA INTEREST vindicare. Gayo. III, § 221. L. 1, § 3 de injur. (47-10). *Spectat enim ad nos injuria, § 5 ibid. nostrum pudorem pertingit. L. 18, § 5 ibid. per filium, per uxorem facere injuriam.*

c) Acción contra el vendedor concedida al padre cuya hija ha sido despojada del inmueble que ha comprado á aquél y ha dado á ésta en dote.

L. 71 de evict. (21-2).

*Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo, an ex empto, vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest; nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem: INTEREST enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis; utique si in potestate sit: quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem, cum uno casu ad eum dos regredit possit. Nunquid ergo tunc demum agere possit, cum*

*mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere sit statim convenire promissorem possit? Quod magis PATERNA AFFECTIO inducit.*

La razón decisiva sobre la cual se funda aquí para permitir que se intente *inmediatamente* la acción (cuando de otro modo no se puede intentarla sino después de devuelta la dote) es la idea del interés del padre por la felicidad de su hija.

d) *Actio tutelae* del pupilo contra el tutor que ha dejado de procurar los alimentos á los próximos parientes del pupilo. L. 1, § 2 de tut. et rat. (27-3). *Putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiseret.*

e) *Postulatio suspecti tutoris* de parte de los más próximos parientes femeninos del pupilo. L. 1, § 7 de susp. tut. (26-10). *Quinimmo, et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae PIETATE NECESSITUDINIS ductae ad hoc procedunt: ut puta mater, nutrix quoque, et avia (possunt). Potest et soror... et si qua alia mulier fuerit, cujus Praetor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum, admittit eam ad accusationem.* Compárese l. 5, § 1, quil. ex caus. (42-4).

f) *Actio de effusis et dejectis* en pago de la pena fijada en el edicto cuando un pariente ha sido muerto violentamente. Aunque esta acción, en caso de muerte de un hombre, fuese popular, C. L. 5, § 5 de his. qui effud. (9-3), menciona expresamente el interés particular que tenían los parientes más próximos en intentarla.

*Dummodo sciamus hanc actionem ei potissimum dari debere, CUJUS INTEREST: vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit.*

2.—Sentimientos de piedad del heredero para con el testador.

14. a) Respecto de las restricciones que el testador ha impuesto al legado hecho á ciertos parientes en interés de los mismos.

L. 71 pr. de cond. (35-1)... *sed si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit, INTERESSE HEREDIS credendum est: atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienaretur.*

L. 19 de leg. III (32). *Si tibi legatum est... uti quid facias, etiam SI NON INTEREST heredi id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit.*

b) Disposiciones del testador relativas á la venta de los esclavos. L. 18, § 2, fam. erc. (10-2)... *officio familiae erciscundae iudicis contineri, UT VOLUNTAS TESTATORIS NON INTERCEDAT.*

c) Acción sobre erección del monumento deseado por el testador contra el que ha sido encargado de elevarlo, eventualmente contra el coheredero. L. 12, § 17, mand. (17-1)... *heres ejus poterit mandati agere. L. 7 de ann. leg. (33-1)... coheres tuus agere potest tecum familiae erciscundae, ut facias, quoniam INTEREST ILLIUS quim etiam si utrique jussi estis hoc facere, invencem actionem habebitis.*

d) *Actio injuriarium* por difamación de la memoria del testador, ó violación de su cadáver. L. 1, § 4-2 de injur. Caso en el cual, es verdad, se invoca la consideración: *injuriam HEREDI quodammodo factam; semper enim HEREDIS INTEREST defuncti existimationem purgari.*

(Este caso es análogo al mencionado en el núm. 1 let. b.)

3.—Simpatía y benevolencia para con las personas completamente extrañas.

15. a) Acción del vendedor del esclavo al efecto de obtener la liberación impuesta al comprador. L. 54 p. mand. (17-1)... *AFFECTUS ratione mandati agatur.... placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudicii habendam.*

b) Acción del dueño de la esclava vendida con motivo de traspasar la prohibición impuesta al comprador y de *prostituir*la. L. 6 pr. de serv. exp. (18-7)... *cum et ancillam contumelia affecerit et venditoris forte AFFECTIONEM simul et VERECUNDIAM laeserit... remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem,* ó bien á causa de inobservancia de cualquier otra prohibición concerniente al trato que se debe dar á los esclavos. L. 7 *ibid. Quod si; ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam AFFECTUS RATIONE recte agatur... cum beneficio adfici hominem INTERSIT HOMINIS.*

c) El *interdictum de homine libero exhibendo*. L. 3, § 9 de hom. lib. (43-29). *Hoc interdictum omnibus competit, nemo enim prohibendus est LIBERTATI FAVERE.*

d) Mandato en favor de tercero.

El mandante puede estar interesado en la ejecución de un mandato encaminado á la gestión de los negocios de un tercero. Ocurre esto siempre que en caso de incumplimiento fuese el mismo obligado (*mandatum mea et aliena gratia*, L. 2, § 3 mand. (17-1). En ese caso su interés es personal y de naturaleza patrimonial. Tal es el supuesto á que se refiere al L. 8, § 4 mand. (17-1). Pero el mandato puede haber sido dado

también únicamente en interés de un tercero (*Mandatum aliena gratia*, L. 2, § 2 *ibid.*), sin que el mandante se perjudique pecuniariamente en nada por el no cumplimiento. ¿Puede acudir en justicia á causa de ese mandato? Según el dogma dominante del valor patrimonial de la prestación prometida no, y así parece resultar declarado por Ulpiano en la L. 8, § 6 *ibid.*): pero la comparación de ese decreto con otros (L. 6, § 4 y L. 8, § 4) del mismo Ulpiano, enseñan lo contrario. En el primer texto, Ulpiano no habla más que del mandato dado en interés de la persona del mandante, y en los otros dos del mandato en favor de un tercero.

Dice de este último en la L. 6, § 4:

*Si tibi mandavero, quod mea (1) non intererat, veluti, ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.*

En la L. 8, § 4, se refiere á cuando un tutor da á su cotutor el mandato de comprar un esclavo para el pupilo, y distingue dos casos: si la compra del esclavo ha sido necesaria ó inútil. En el primer caso, el mandante es él mismo responsable del incumplimiento del mandato, y tiene, por tanto, una acción en virtud de su propio interés. En el segundo caso no es responsable, y, sin embargo, se le concede la acción. ¿Por qué? *Quia mandato non es obtemperatum*, dice el jurista. Lo cual recuerda la frase de la L. 92 de cond. (35-1), citada antes *neque enim debet circumveniri testantium*

---

(1) Todos los manuscritos, así como los escoliastas de las *Basilicas*, leen (xiv, 1, 6, § 4) *no*. En el *Código Parisinus et Patavinus* esa palabra se había omitido originariamente; pero se añadió luego, (V. T. Mommsen en su edición de las *Pandectas*.) Según el tenor del texto y según la L. 8, § 4, la exactitud de esto no puede ponerse en duda.



*voluntas*. ¿Cómo medir aquí el interés patrimonial del demandante? Semejante interés no existe, porque el tutor ha dado el mandato únicamente en interés del pupilo, y ni él ni el pupilo sufren un daño patrimonial por el incumplimiento del mandato. Si á pesar de esto el juez debe condenar al mandatario en dinero, ¿qué otro fin podrá perseguir que el de *castigarle* por el no cumplimiento de una obligación contraída, *quia mandato non est obtemperatum*? Y ¿qué otra consecuencia puede sacarse de esto, si no es que el cuidado de una tercera persona es también motivo suficiente para dar un mandato?

#### 4.—Amor á la cosa pública.

16. Desde este punto de vista le consideran las célebres *acciones populares* de los romanos. Dan éstas ocasión al ciudadano de entrar en lucha por los intereses de la cosa pública; no se pregunta si tienen un interés personal en intentarlas. Tal *puede* ocurrir L. 3, § 1, L. de pop. act. (47-23), pero no es necesario: la simple consideración de la cosa pública basta; puede intentarse la acción únicamente en interés general, (*jus populi tueri*, L. 1 *ibid*). No hay protesta más patente contra la falsa teoría de que en Derecho romano no se podía acudir en justicia más que en interés propio, que la existencia de esas acciones.

No se contraían á la esfera de aplicación que comúnmente se indica; á la protección de las *cosas* destinadas al uso público (*reipublicae*); en éstas en rigor podría invocarse un cierto interés personal, aunque lejano, en el demandante; extendíanse, por el contrario, en su aplicación práctica á circunstancias tales,

en que tal interés no existía en manera alguna; dábanse para proteger á las *personas incapaces de defenderse*, y que en cierto modo estaban *bajo la protección del público*.

Entre esas personas se colocaban:

a) *El impuber.*—Protección contra el tutor incapaz ó de *mala fe*, por medio de la *postulatio suspecti tutoris*.

b) *El menor.*—Protección contra todo perjuicio por medio de la *actio popularis* de la *Lex Plaetoria*. (Véase *Espíritu del Derecho romano*, t. IV.)

c) *El prisionero de guerra* ó el *ausente* en función pública. Protección contra la dilapidación de sus bienes por medio de la *Lex Hostilia*, pr. J. de iis per quos (4-10).

d) *El hombre libre.*—Protección por medio del *interdictum de homine libero exhibendo*, en la época antigua por el *vindex libertatis* (el *pro libertate agere* del texto citado antes).

A esos casos del Derecho antiguo, Justiniano ha añadido uno nuevo, muy interesante, el de la *actio popularis* para la ejecución de una fundación pía ó de interés general dispuesta en testamento. En caso de abandono por parte de las personas llamadas en primer lugar á ejecutarla, cualquiera podía ejercer aquella acción.

L. 4 b., § 6, c. de episc (1-3)... *cum sit enim COMMUNIS PIETATIS ratio, communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis*.

Según se ve, la *communis pietatis ratio*, la simple *piEDAD* para con las personas interesadas en la fundación é incapaces de protegerse, la humanidad pura... es un motivo suficiente de una acción.

Dado lo que precede, no es mucho decir, en mi con-

cepto, que es preciso la más supina ignorancia del Derecho romano para atribuirle la idea de que en él no se puede obrar más que en interés propio. Generalizábase con esto una idea que los juristas romanos han emitido sólo para la *stipulatio*: L. 38, § 17 de V. O. (45-1)... *inventae sunt HUIUSMODI obligationes ad hoc, ut unusquisque SIBI acquirat, quod SUA interest*, pero que el Derecho romano jamás ha llegado á formular en términos generales.

## SECCIÓN II

*Intereses cuyo fin radica en nuestra propia persona.*

Podemos distinguir aquí otros dos casos: los intereses cuyo fin es *sensible, material*: y los que tienen un fin *intelectual, ideal*. Entre los primeros, fuera del interés patrimonial, pueden señalarse el bienestar, la comodidad, las diversiones, el placer, en una palabra, los goces exteriores de la vida.

### 1.—Intereses materiales.

17. La protección de intereses de este género está reconocida en las aplicaciones siguientes:

I.—L. 16, § 1, quod vi (43-24).

Cuando se cortan árboles en el fundo de otro, el propietario tiene siempre una acción de daños y perjuicios. El usufructuario, por el contrario, parece que no debería tenerle más que cuando sufre un *daño*,

esto es, cuando se trata de árboles frutales, y con la corta resulta el producto del fundo disminuido. Pero el jurista le reconocía igualmente una acción cuando los árboles no eran de especie frugífera, y el perjuicio recaía sólo sobre el mero *goce* ó *placer* de contemplación y demás.

*Sed si AMOENITAS quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, potest dici et FRUCTUARIUM INTERESSE PROPTER VOLUPTATEM et gestationem, et esse huic interdicto locum.*

II. Por otra parte, el usufructuario, aun cuando pueda aumentar el producto del fundo, debe abstenerse de desarraigar esos árboles, y, en general, de hacer nada que aumente el producto á costa del recreo: éste tiene también su valor, si no para el usufructuario, á lo menos para el propietario que tiene protegido su derecho.

L. 13, § 4 de usufr. (7-1)... *et si forte VOLUPTATE fuit praedium: viridaria vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas, atque amoenas habens, non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid quod ad redditum spectat.*

III. L. 25, § 2 Loc. (19-2.)

Cuando una edificación levantada en el terreno del vecino quita al llevador la luz y la vista. Tiene esto la *actio conducti*, y en su caso puede reclamar una disminución del alquiler. Lo mismo ocurre en el caso en que el arrendador haya omitido el reparar las ventanas ó las puertas en mal estado (V. L. 15, § 1, *ibid.*) pero debe soportar las pequeñas incomodidades ocasionadas por las reparaciones necesarias (L. 27, p. *ibid.*)

IV. Servidumbres de puro recreo.

Mientras la servidumbre predial del derecho anti-

guo, es decir, la servidumbre rural al servicio de los intereses de la agricultura, atendía sólo á la utilidad, la del derecho nuevo, es decir, la servidumbre urbana, que debe su nacimiento á los intereses de la vida urbana y que está destinada á satisfacerlos, ha seguido paso á paso el desenvolvimiento de la vida urbana. No sólo atiende á la utilidad, sino también al recreo: la condición de la *utilitas* (*servitas fundo utilis esse debet*) se ha extendido por ella al recreo y goce de la vida, de suerte que, por ejemplo, se puede establecer una servidumbre de lujo, y ese progreso ha reobrado hasta sobre la misma servidumbre rural; así, una servidumbre de aguas puede ser establecida con un objeto de pura comodidad ó goce.

L. 3, p. de aqua (43-20.)

*Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel AMOENITATIS, aqua duci possit.*

V. *Actio mandati* relativa á intereses no patrimoniales.

Me parece indiscutible que según las L. 6, § 4 y L. 8, § 4 mand. (17-1) antes citada, la *actio mandati* puede encaminarse á dos fines. Si por el mandato conferido á un tercero no se exige un interés pecuniario ni con relación á él, ni con respecto del mandante, con mayor razón será así cuando este último ha obrado por sí mismo. Las palabras *QUATENUS intersit* de la L. 8, § 6, *ibid.*, deben, pues, ser referidas, como en tantos otros textos ya citados ó que se pueden citar aún, al interés de naturaleza *no patrimonial*. Nuestras fuentes nos proporcionan ejemplos de semejante interés, existente en el caso mencionado aquí por Ulpiano (*mandavi tibi, ut fundum emeris; si entererat mea emi, teneberis.*)

L. 54, de leg. II § (31)... *saepe enim confines fundos*

*etiam SUPRA justam aestimationem INTEREST NOSTRA acquirere.*

L. 1, § 15. Si quid in fr. patr. (38-5)... HOC INTERESSE... *quod venierit possessio in quam habet patronus AFFECTIONEM vel oportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti.*

Si en el caso del último texto, la acción de que trato se niega, es porque presuponia un valor pecuniario (*pars debita bonorum*) *fraus enim (a liberto) in damno accipitur pecuniario*: ahora bien; ese principio es inaplicable á la acción del mandato y á todas las acciones que aquí citamos: el *quod interest* no se restringe al valor pecuniario.

VI.—Tranquilidad y paz.

El edicto del pretor daba, en virtud de una *alicuatio iudicii mutandi causa dolosa*, una *actio in factum* encaminada al *interesse*.

L. 1, pr. de alien. (4-7)... *tanti nobis in factum actione tenetur, quanti NOSTRA INTERSIT alium adversarium nos non habuisse.*

¿Qué debe entenderse aquí por el *interés*? La L. 3, § 4 *ibid.* nos lo dice: *forte si qua impensas fecerit aut si quam aliam INCOMMODITATEM passus erit alio adversario substituto.*

La L. 8, § 2, Rat. rem. (46-8) contiene una disposición análoga. Un *procurator* ha reivindicado una persona libre como esclavo de su amo, y ha sido vendido; este último intenta á la vez el proceso, y también lo pierde. El demandado puede reclamar en este caso su *interés* del *procurator* en virtud de la *stipulatio ratam rem dominum habiturum*. ¿En qué consiste su *interés*? El texto responde:

*Quanti ea res est ei praestatur... id est QUANTI IN-*

TERFUERIT *ejus de statu suo rursus non periclitari et propter impendia quae in litem fecerit.*

Admítese, pues, aquí, del mismo modo que en el otro caso citado, un doble interés; un interés pecuniario y un interés no pecuniario; y para este último, es decir, para las molestias de un segundo proceso, para las incomodidades ocasionadas con la agitación que el proceso produce, se concede igualmente al demandado una satisfacción, y, nótese, no como pena, sino como *interés* (*quanti ea res est i. e. quanti interfuerit ejus*). A causa de la dificultad de semejante evaluación del *interés*, Labeón había aconsejado, según el texto, hacer recaer la estipulación *ratam rem dominum habitatum*, no de una manera general sobre el *quanti ea res est*, sino sobre una suma determinada; *quia aestimatio libertates ad infinitum extenderetur*; pero no hacía falta: el juez sabía muy bien, en caso necesario, fijar las sumas por sí mismo.

En la venta de un esclavo, el vendedor conviene con el comprador que este esclavo no pasará jamás á posesión de los parientes del vendedor. Esta convención ¿da lugar á una acción? Sí, según la L. 135 § 3 de V. O. (45-1), aun cuando no resulte visible interés pecuniario alguno. Sin embargo, se ha dicho del vendedor que puede acudir *in id quod ejus INTEREST*.

#### VII.—Lesiones corporales, dolores.

Aunque los juristas romanos hayan reconocido en diversas ocasiones que el cuerpo humano y la vida humana no pueden evaluarse en dinero, L. 1, § 5 y de his qui eff. (9-3).—L. 3 Si quadrupes (9-1).—L. 2, § 2 de lege Rhod. (14-2), aun cuando en las diferentes acciones relativas á lesiones corporales, esos textos niegan expresamente una indemnización por la belleza perdida, es decir, por la consecuencia estética de la lesión

corporal, sin embargo, es lo cierto que el lesionado tenía también, según el Derecho romano (y no sólo a partir de nuestra práctica moderna), un derecho por causa de daños y perjuicios producidos por la lesión real y los dolores sufridos.

Ya en el Derecho romano, en la *legis actio membri rupti*, la fijación judicial de la composición había sustituido al Talión fijado por la ley de las Doce Tablas, para el caso en que las partes no se entendiesen acerca del cuánto de la composición. A esta disposición, el edicto del pretor añade la *actio de effusis et dejectis*, que para el caso *si nocitum esse dicitur*, tendía á *quantum ob eam rem aequum judici videbitur*. L. 1 p. de his qui effud. (9-3). Ulpiano advierte expresamente en la L. 1, § 6 *ibid.*, que las palabras *quantum aequum videbitur* no se refieren á los *damna quae IN REM hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus vel quid aliud scissum corruptumve es* (lo que entraba en el *damnum injuria datum* de la *lex Aquilia*), *sed ea quae IN CORPUS ejus admittuntur*: ahora bien, ésta no se aplica sólo á los gastos de enfermedad y á las pérdidas de tiempo de la L. 3 *si quadrupes* (9-1), porque la L. 5, § 5 dice expresamente que en nuestra acción no se trata del daño pecuniario: *NON sit damnum PECUNIARIUM*.

En caso de lesión corporal producida por animales salvajes, el edicto de los ediles reproducido en la L. 40-42 de *aed. ed.* (21-1) daba al lesionado una acción que tendía á *quanto bonum aequum judici videbitur*, es decir, á una satisfacción que se determinaba según las circunstancias individuales, y debiendo tenerse en cuenta entre ellas la lesión corporal.

Según la L. 27, § 5 de *adult.* (48-5), si por orden de un tercero, un hombre libre hubiera sido sometido al tormento, creyéndole esclavo, la acción que de haber



sido esclavo competía al señor, en pago de su doble valor, se le concedía á él mismo como *actio utilis*: trátase en realidad de un equivalente por los dolores experimentados.

## 2.—Intereses ideales.

18. I. *El sentimiento religioso*.—Se viola éste cuando se profana ó degrada una tumba, y el derecho le protege en tales casos, mediante la *actio sepulcri violati*. Si el juez romano hubiera tenido que cuidar sólo del valor pecuniario de las cosas, le hubiera sido difícil seguir las instrucciones que le da la L. 3, § 8 de sep. viol. (47-12).

*Qui de sepulcri violati actione judicant, aestimabunt QUATENUS INTERSIT, scilicet ex INJURIA, quae facta est, item ex LUCRO ejus, qui violabit, vel ex DAMNO quod contigit, vel ex TEMERITATE ejus, qui fecit.*

Distinguense aquí expresamente el interés ideal de la lesión del derecho y el interés económico.

Un ejemplo de la misma naturaleza nos le ofrece la L. 11 de relig. (11-7). El vendedor de la tumba estipula que el comprador no enterrará en ella ciertos muertos. He ahí una convención desprovista de todo interés pecuniario, y sin embargo válida.

II. *La ambición*.—Se ha hecho desaparecer una estatua levantada públicamente en honor de una persona: la L. 11, § 1 quod vi (43-24) concede á esta persona el *interdictum quod vi aut clam*, aun cuando tal estatua no fuese de su propiedad y no tuviese en ello otro interés lesionado que el de su gloria.

*...eum, cujus statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia INTERFUERIT EJUS NON TOLLI.*

## 3.—El sentimiento de la familia.

La L. 35 de minor. (4-4) reconocía como motivo suficiente de restitución para el menor: *si ejus INTERESSE emtam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quod majorum ejus fuisset.*

La L. 36 de bon. lib. (38-2) reconocía el mismo interés en el patrono con relación á la demanda de *bonorum possessio contra tabulas* en la sucesión comprometida del liberto:

*Multi enim casus intervenire possunt, quibus EXPEDIAT patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus MAJORUM PATRONI SEPULCRA sint et magni aestimat patronus bonorum possessione jura pro parte ea ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed AFFECTU sit aestimandum... ANIMO potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat.*

Encuéntranse también reglas de conducta para el tutor:

L. 22 Cod. de adm. tut (5-37). *Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.*

## 4.—El patronato.

Cuando alguno había comprado y manumitido un esclavo, que tenía derecho á ser manumitido por el

heredero, este esclavo podía reclamar al heredero como patrono. Si así lo hacía, el comprador perdía el derecho al patronato y se preguntaba si era preciso concederle entonces la *actio emti*, como refiere Pablo en la L. 43 de act. emti (19-1). Ulpiano había contestado negativamente. El mismo, de acuerdo con Juliano, responde afirmativamente en la L. 45, § 2, y con razón. Verdad es que si después de la manumisión del esclavo no se habían impuesto cargas especiales (*operarum promissio*), el patronato no ofrecía interés pecuniario (de ahí la decisión de la L. 5, § 5 de praesc. Verb. 19-5: *an deducendum erit quod libertum habeo? sed hoc non potest estimari*), porque la perspectiva del derecho de sucesión perteneciente al patrono era completamente incierta, como que dependía de la circunstancia de que el manumitido dejase fortuna y *no* hijos. Sin embargo, bajo otro aspecto, ese derecho tenía un cierto valor ideal; establecía una relación reconocida y protegida por el derecho, relación de sumisión, de reconocimiento, de piedad; y en tal concepto, la privación del patronato, en el caso indicado, debía mirarse jurídicamente como una pérdida. L. 25 de fidei. lib. 40-5... *ne emtor et pretium et LIBERTUM perdat*). La fijación de la suma que debía pagarse era cosa del juez; sea cual fuere la estimación, reconocía, al hacerlo, que un derecho que los romanos tenían en tanto, no podía ser arrebatado sin indemnización.

## SECCIÓN III

*Conclusiones.*

19. He expuesto con todo detalle los materiales que desde hace años he recogido en nuestras fuentes, y probablemente podrían aumentarse todavía: para no debilitar la impresión, y al propio tiempo para poder invocar algunas expresiones decisivas de los textos, he dejado hablar á las fuentes mismas. No temo encontrarme con contradicción seria alguna si, fundado en esos materiales, consigno las proposiciones siguientes:

1) Es un error afirmar, partiendo del principio de la condena pecuniaria en el procedimiento romano, que el juez no podía apreciar más que los intereses y los bienes de un *valor económico*.

La condena pecuniaria, en sus manos, abrazaba, por el contrario, todos los intereses que el derecho reconocía como necesitados y dignos de protección. A la *vera rei aestimatio*, como objeto de la estimación judicial, se añaden, según lo que precede:

*Affectus, affectiones, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas, etc., etc.*

El demandante debe recibir reparación, no sólo por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones ocasionadas en su bienestar ó en sus conveniencias, por las incomodidades, las agitaciones, las vejaciones, etc., que se le hubieren causado. No se trata de una pena fijada de antemano por la ley: el juez

debe, teniendo en cuenta las circunstancias individuales, fijar la reparación libremente apreciada (*quanti interest ex injuria*): en suma, al lado de su función de *equivalente* y de *pena*, el dinero tenía también en el procedimiento romano una función de *satisfacción* (por el pretor y por el juez).

2) Las expresiones *id quod interest, quanti ejus interest*, etc., indican en el lenguaje de las fuentes, no sólo el *interés pecuniario*, sino *todo* interés jurídicamente protegido.

*Interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi—interest patris filiam dotatam habere—interesse heredis credendum est, si testator filio prospectum voluit—si monumentum fieri voluit—defuncti aestimationem purgari interest hominis hominem beneficio affici—interest fructuarii propter voluptatem et gestationem—interest ex injuria, quae sepulcro violato facta est—interest statuam ejus non tolli*, etc., etc.

Ante todos esos testimonios, ¿habrá quien todavía sostenga el aserto de que la palabra *interest* de nuestras fuentes debe traducirse únicamente como *dinero*, y que quien quiera acudir en justicia debe probar que el incumplimiento de lo prometido le ha ocasionado un perjuicio *pecuniario*? *Placuit prudentioribus AFFECTUS rationem in bonae fidei judiciis habendam*, dice Papiniano en la L. 54 pr. Mand. (17-1), esto es, la jurisprudencia romana ha llegado á la idea de que en la vida humana la noción del valor no consiste sólo en el dinero, sino que, por el contrario, fuera del dinero hay otros bienes á los cuales el hombre civilizado concede un valor que quiere sea protegido por el derecho. En la L. 6, § 1 de serv. exp. (18-7), el mismo jurista opone al caso *si PECUNIAE RATIONE interest*, etc., de la falta de interés pecuniario, ó, como él dice expresamente

en la L. 7, *ibid.*, *affectus ratio*. PRUDENTIORIBUS *placuit*, dice Papiniano, es decir, los prudentes opinan; y si se quiere argumentar de otro modo, se tendrá el juicio de Papiniano sobre las opiniones modernas que aquí tenemos que combatir.

3) La *función de satisfacción* del dinero no se contrae sólo á los *delitos*, ni al derecho á la *vindicta* concedido por la ley en esta materia, L. 2, § 4 de coll. (37-6), ni á la *ultio*, L. 6 de sep. viol. (47-12); extiéndese también á los contratos: IN BONAE FIDEI JUDICIIS *affectus rationem habendam esse*. (L. 45 pr., etc.) No se trata de una particularidad de la teoría de la esclavitud cuando el vendedor de un esclavo puede reclamar del comprador la observancia de las reglas de conducta que le han sido impuestas con respecto de este esclavo; no se trata de casos excepcionales en la L. 54 citada (casos que hoy no tendrán práctica aplicación), sino de un *principio jurídico general* de todos los *bonae fidei judicia*; encontrándose, según hemos demostrado, aplicaciones de él en las fuentes.

El inquilino obtiene indemnización por la supresión de la vista y de la luz, por el mal estado de las puertas y ventanas, aun cuando no haya experimentado ninguna pérdida pecuniaria.—El pupilo la obtiene, porque el tutor ha dejado de socorrer á sus más próximos parientes, aunque de este modo haya obtenido un ahorro en sus gastos.—El tutor la obtiene contra su cotutor, porque no ha cumplido el mandato dado en favor del pupilo.—El propietario, porque el usufructuario ha convertido el parque de lujo en huerta de producto.—El *procurator* debe indemnizar en dinero al demandado que se ha visto obligado á soportar un nuevo proceso por los retardos é incomodidades sufridas.—El vendedor de un esclavo obtiene una

---

satisfacción del comprador que ha violado la obligación que se le había impuesto en cuanto al tratamiento de aquél.

Conforme á esos precedentes, y volviendo sobre los ejemplos modernos citados al principio (número 2), declaro que, como juez, no tendría el menor escrúpulo en conceder al mozo del hotel una indemnización por la privación de la libertad en las tardes de los domingos; al inquilino, por la supresión del goce del jardín; al arrendador, por la música que le tocan faltando á las condiciones estipuladas. Y lo haría así, no sólo por ellos, sino en interés del orden jurídico, á fin de que la lealtad y la probidad en las relaciones no sean vanas palabras.

## CAPÍTULO IV

### REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS SACADOS DE TEXTOS EN APARIENCIA CONTRARIOS

20. L. 9, § 2 de statut (40-7).

Réstame probar que los textos sobre los cuales nuestros adversarios creen poder fundar su teoría, no contradicen la opinión que acabo de exponer.

He aquí los textos:

La L. 9, § 2 de statut, es la verdadera fuente y origen de todo el error. Si con las palabras *ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*, el jurista hubiera querido decir lo que, siguiendo un error de Gayo, se ha querido entender (el objeto de la obligación no puede ser más que una prestación de valor *económico*) hubiera sostenido, como resulta de los testimonios de las fuentes indicadas, una tesis falsa. ¡Cómo conciliar su aserto con sus testimonios!

Según vemos en estos, los bienes y los intereses que no tienen por fin el dinero y el valor pecuniario, pueden también ser evaluados en *dinero*; *pecunia lui praestarique possunt*. Pero eso, no es cierto respecto de una prestación imposible, y precisamente se trataba de una de ese género en el caso que el jurista tenía que resolver. El esclavo prometido es hombre hecho



libre por consecuencia de una disposición testamentaria, resultando así imposible el prestarlo: *LIBERTAS pecunia LUI non potest nec reparari potest*; esto es, la libertad no tiene equivalente, ni para el mismo esclavo (*libertas res inaestimabilis est*, L. 106 de R. J. 50-7), ni para los terceros, porque no se puede comprar con dinero una persona libre; la libertad, una vez adquirida por el esclavo, no puede serle quitada (*reparari non potest*) ni vuelta á comprar con dinero al mismo (*lui non potest*).

Entendido de este modo, el pasaje de que se trata adquiere una significación que permite armonizarlo con las otras decisiones de nuestras fuentes. Pero si entre la fórmula abstracta de un principio y las decisiones concretas de nuestras fuentes se tropieza con una contradicción, nos limitaremos á seguir las instrucciones mismas de nuestras fuentes (L. 1, de R. J. 50-17 *Regula est quae rem, quae est, brevitor enarrat. NON UT EX REGULA JUS SUMATUR, sed ex jure, quod est, regula fiat*. L. 202, *ibid. Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*); cuando tengamos que referirnos á las decisiones concretas, corrigiendo la fórmula según ellas ó bien entendiéndola de tal manera que con ellas se concilie.

2. L. 95 de V. O. (45-1) y

3. L. 7 de praesc verb. (19-5).

21. Reuno esos dos textos, porque, en mi concepto, es preciso explicarlos de la misma manera.

Hemos declarado jurídicamente obligatoria la promesa hecha por el inquilino al dueño de abstenerse de hacer ruido con la música. A ese caso, oponemos aquel en el cual un médico hace que su enfermo le prometa, á causa de la excitación de su sistema nervioso, que se abstendrá de la música. Esta promesa, ¿es

de igual modo obligatoria? No, sin duda. Y sin embargo, la convención tiene exactamente el mismo tenor que en el otro caso. ¿En dónde está, pues, la diferencia? La respuesta se ve clara: el arrendador tiene un interés, el médico no; aquél ha reclamado la promesa en su propio interés, éste en el del enfermo; no pasa de ser un consejo de médico su recomendación; ahora bien, ese consejo no pierde su carácter de tal, porque se haya *prometido* seguirlo.

L. 2, § 6 Mand. (17-1).

*...Cujus generis mandantum consilium magis est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur.*

L. 2, pr. ibid.

*...Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.*

Llegamos, en vista de todo, á la regla siguiente: la promesa debe tener un *interés* para aquél á quien se hace, aunque este interés no sea de naturaleza *patrimonial*. La razón admite que el arrendador se haga prometer por el locatario que se abstendrá de tocar la música, ó que no tendrá perros; y no admite que tal promesa se exija por una persona que viva al otro extremo de la ciudad. No es exacto que toda convención, por ser tal, obligue: no obliga más que cuando la restricción que el que promete se impone aproveche á aquel que la recibe; es preciso que el uno *gane* lo que el otro *sufra*; la simple *restricción* como tal no encuentra protección jurídica; es preciso que esté motivada y justificada por el interés de otro.

Esta noción de finalidad en el dominio jurídico es la esencia de todos los derechos en el sentido subjeti-

vo (los intereses jurídicamente protegidos según mi definición).

La L. 15, pr. de serv. (8-1) insiste en términos explícitos sobre esta *noción de finalidad*, en materia de servidumbres prediales.

*Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt quia NIHIL VICINORUM interest, non valet, veluti; ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; it ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquaris quaerere MINUENDAE AQUAE MEAE GRATIA.*

Así, la promesa de no abrir pozos en su propio suelo no tiene efecto, en cuanto no constituye más que una mera restricción impuesta á una de las partes; no se convierte en eficaz y obligatoria sino cuando se añadan intereses de la otra parte (garantía de alimentación de los otros pozos). Cuando lo que uno pierde lo aprovecha el otro, la promesa no es simplemente un acuerdo de voluntades (fuerza obligatoria abstracta del contrato); tiene un sentido racional, un fin (*finalidad de la servidumbre predial*).

La promesa de detenerse á una corta altura en la construcción de una casa, es obligatoria cuando se hace de vecino á vecino (*servitus altius non tollendi*), no es obligatoria y sí completamente ineficaz cuando se hace á quien habita á lo lejos (condición de la *vecindad* para la servidumbre predial).

Es preciso, pues, un *interés en el contrato* para que éste sea obligatorio. No tenemos para qué investigar por el momento de que naturaleza debe ser este interés; bástanos esta proposición negativa: *sin interés no hay convención obligatoria*.

Auxiliados por este principio, abordemos ya el primero de los textos citados.

L. 95 de V. O. (45-1).

*Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit, si et ibi insulam fieri ejus interest.*

Reconozco desde luego que no he parado mientes en otras ocasiones en la significación de ese texto, y sólo me consuela el pensar que otros lo han comprendido tan mal como yo. Me habían imaginado el caso de la ley en el sentido de que uno pactase con un empresario de edificios un contrato relativo á la construcción de una casa (*locatio conductio operis*), y que luego se hiciera prometer la ejecución de ese contrato en la forma de la estipulación. No podía figurarme que el propietario debiera también probar aquí previamente su interés en la ejecución del edificio, porque, pensaba yo, el interés no puede ser puesto en duda ya que tenemos como prueba el contrato mismo. Si se puede poner en tela de juicio el interés de la estipulación, ¿por qué no ha de suceder lo propio en la *locatio conductio operis* que le ha precedido? Según esto, el demandante en la acción de este último contrato, ¿deberá también comenzar por consignar su interés? ¡Absurdo! Y este absurdo no es menor porque ese contrato es *stricti juris* y el otro *bonae fidei*—distinción á que se ha acudido para evitar la aplicación de ese texto á nuestro Derecho actual (1). Lo que es absurdo, lo es

---

(1) Por ejemplo, Baron, *Pandectas*, § 208 (pág. 415); por lo demás la exposición que hace el autor de nuestra teoría es irreprochable. Windscheid, *Pandectas*, II, § 251, nota 3.<sup>a</sup>, cree poder explicar los textos por la necesidad de la condena pecuniaria que toma como punto de partida. Pero esta necesidad existía para *todas* las acciones, y es bien cierto, sin embargo, que el demandante, en la *reivindicatio*, *condictio ex mutuo*, *actio emte*, *actio conducti*, etc., etc., no debía empezar por probar su interés.

como *jus strictum* y de *bona fidei*, y por mi parte yo no he descubierto hasta ahora en el Derecho romano nada absolutamente absurdo, ni aun en el *jus strictum*.

La impresión de sorpresa que ese texto produce, aumenta cuando se advierte que el estipulante no había designado siquiera el solar sobre el cual el edificio debería de elevarse, según se infiere de las palabras: *si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit*. ¿Dónde se ha visto nunca un contrato para construir un edificio en el cual se hubiera omitido ese punto? Tales son las consecuencias á las cuales me llevaba mi concepción anterior del texto, y se comprenderá el por qué me parecía tal texto un enigma.

Los demás juristas, que yo sepa, partían del mismo supuesto.

La glosa advierte respecto de ese texto: *Si quis stipulatur, TIBI insulam fieri, debet locum designare, in quo fieri eam vult, alias non valet stipulatio*, y nadie, que yo sepa, ha pensado ni aun posteriormente en otro caso.

¿En qué se funda, sin embargo, el *sibi fieri* que supone el texto? El mismo texto no contiene la palabra *sibi*; *Quid*, ahora, ¿si el estipulante hubiese tenido en su intención, no un edificio sobre su propio suelo, sino sobre el ajeno, no un edificio para él, sino para el mismo que promete? Se me dirá: ¿qué interés razonable podría tener en que el otro se edifique una casa? Y respondo: un especulador quiere convertir en solares de edificación una zona extensa de terreno situada en una localidad aún no edificada. Su interés le aconseja, pues, imponer á todos aquellos que le compran un solar situado en ese sitio la obligación de edificar una casa: *insulam fieri*.

En vez de esta hipótesis puramente abstracta, citaré un caso concreto y positivo.

Hace algunos años un particular donaba al ministerio de la Guerra prusiano un gran espacio de terreno edificable, situado en Lichterfeld, cerca de Berlín, para erigir una escuela militar. La traslación de la escuela militar de Berlín á Lichterfeld, debía, según todas las probabilidades, determinar á una porción de industriales y comerciantes á ir á establecerse en esta localidad, y á comprar en ella terrenos para edificar; de este modo la donación resultaba bien pagada. Ahora bien; cuando el acto de donación se verificaba, el donante se aseguraba de una manera indudable de la creación de la escuela en Lichterfeld; ¿puede nadie dudar que tenía algún interés en la ejecución de la convención, y que el ministerio de la Guerra no hubiera tenido derecho de disponer de otra manera del terreno donado, sino que, por el contrario, tenía la obligación de edificar allí la escuela militar?

Comparemos ahora la L. 95 de V. O. citada:

*Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apperet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et IBI insulam fieri ejus interest.*

Yo creo que tenemos ya la explicación.

Abordo ahora el tercer texto citado:

22. L. 7. de praesc. verb. (19-5).

*Si tibi decem dederó, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest condicam tibi, ut decem reddas.*

Ese texto emana del mismo Papiniano, que advierte expresamente en la L. 54 Mand. (17-1) y en la L. 7 de serv. exp. (18-7), antes citadas, á propósito de las convenciones que tienen por objeto la manumisión ó el

buen trato del esclavo, que en la *bonae fidei judicia* (y de ese número es también, según la L. 2, § de prec. (43-26), la *actio praescriptis verbi*) no es preciso un interés pecuniario, sino que basta el puro interés personal (*affectus ratio*). La L. 7 cit. no puede, por consiguiente, tener la significación que se le quiere dar: que un contrato relativo á la libertad de un esclavo no da lugar á una acción más que cuando se liga á él el demandante por un interés en *dinero*.

Pero ¿cómo conciliar la L. 7 cit. con los otros dos textos?

Para conseguirlo hay un doble medio.

*En primer lugar*, no ver exclusivamente en el *interés*, el interés del *dinero* conforme á lo que dejamos dicho antes. Sin duda las palabras *quanti interest* parecen indicar *dinero*. Pero la indicación cuantitativa del interés se armoniza especialmente con los intereses no económicos, como lo prueba el § 7 pr. J. de inj. (4-1).

*Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel TANTI reum condemnet, quanti injuriam passus AESTIMAVERIT, vel minoris, prout ei visum fuerit.*

El *segundo* medio es el siguiente: Papiniano no admite el interés personal respecto de un esclavo más que para los esclavos propios, y no para los extraños. En aquéllos, podríamos decir para completar su pensamiento, este interés es explicable, es el resultado natural de las relaciones domésticas entre el amo y el esclavo. La cosa es muy distinta cuando se trata del esclavo extraño. Es tan extraño frente al tercero como los miles de esclavos que viven en Roma. ¿Qué interés puede tener el tercero en que llegue á ser libre? ¿Por qué él y no otro cualquiera? He ahí por qué

el derecho toma bajo su protección los contratos del *amo* anterior respecto de la libertad y el buen trato de un esclavo. Pero no cuando se trata de un esclavo que le es completamente extraño.

En apoyo de esta opinión podría invocarse la importancia que el Derecho romano concede siempre al interés *personal* tocante á la cosa *propia*. Si la reclamación del demandante se refiere á la prestación de la cosa de otro, el demandado debe prestar simplemente el interés pecuniario; si se refiere á la restitución de la cosa *propia*, el demandado debe atender también al interés personal (de afección) (*quanti in litem actor juraverit*). El que vende *su* cosa, puede imponer al comprador, con respecto del trato de la misma, restricciones (*legem dicere*) que no tendrían efecto alguno respecto de una cosa que no le pertenece (1).

En lo que concierne al contrato relativo á la manumisión del esclavo, el Derecho romano le hace producir efectos muy diferentes, según que interviene en favor del esclavo *propio* del estipulante ó en favor del esclavo de *otro*: en el primer caso tiene un efecto *real*, en el segundo un efecto *obligatorio*; en otros términos: en el primer caso, si el comprador no cumple el contrato, el esclavo se hace libre *ipso jure*; en el segundo, no se da al vendedor más que una acción personal.

De este modo se puede comprender que el mismo jurista exija en la L. 7 cit. un interés pecuniario en la liberación de un esclavo, y declare, por el contrario,

---

(1) Es lo que he demostrado en otro lugar (*Espíritu del Derecho romano*, tomo IV, nota 497.) Me limito aquí á citar los textos que se relacionan con la cuestión. En cuanto á la primera proposición, V. L. 19 de serv. (8-1); L. 6 p. Comm. praed. (8-4); L. 11 de relig. (11-7); L. 9 Cod. de pact. int. emt. (4-54): en cuanto á la segunda, V. L. 61 de pact. (2 14).



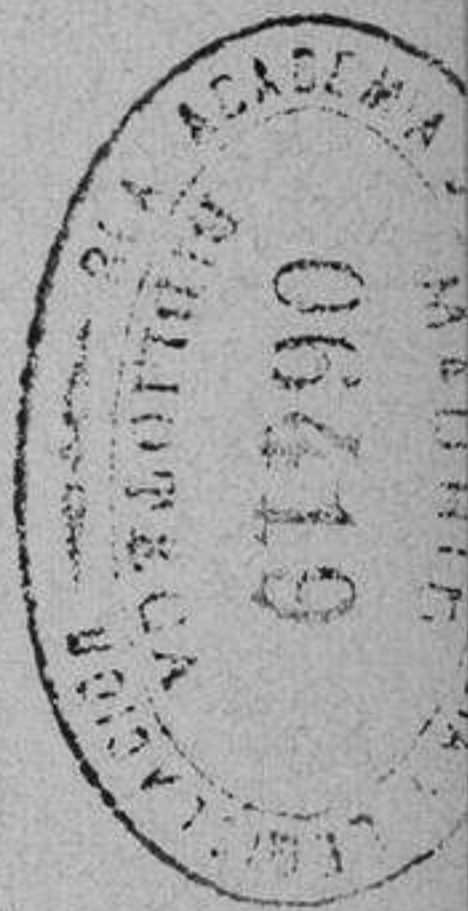
en la L. 54 cit. como suficiente el simple interés de afección. En la primera se trata de un esclavo *extraño*; en la segunda, de un esclavo *propio*.

Es preciso reconocer que esta distinción no deja de tener algún fundamento legítimo.

Tomemos un ejemplo en nuestra época actual: cuando uno vende un caballo de montar que ha usado durante algunos años, y al cual ha tomado cierto cariño, es fácil de comprender (y así ocurre frecuentemente), que imponga al comprador la condición de no dedicarle á trabajos rudos y penosos. Se comprende también que, cuando se lega su galería de cuadros ó su biblioteca al Estado, al municipio, etc., etc., se ponga por condición no vender, ni dispersar, ó bien cuando se vende un predio rural, que el parque y el monumento de un antepasado que en él se encuentran serán respetados. Por el contrario, jamás he oído decir que tales condiciones se pongan á propósito de caballos, bibliotecas, galerías, parque, etc., de otro.

Un padre ó un tutor que coloca su hija ó pupila como sirviente, puede estipular por ella el trato, con relación á la alimentación y al trabajo, y, según nuestras explicaciones, no puede negársele la acción correspondiente; si un tercero hiciera lo mismo, su contrato no produciría más efectos jurídicos que los que en Roma producía la libertad del esclavo extraño.

Los dos textos antes citados pueden de este modo ponerse á un lado, no quedando, entre los que invocan los defensores del valor pecuniario de las obligaciones, más que la L. 38, § 17 de V. O. (45-1). Pero como ese texto no dice una palabra de la necesidad del interés *pecuniario* para la obligación, y exige sólo que la obligación tenga un interés *para el acreedor*,



del que ya me ocuparé más adelante, puedo prescindir de él por el momento.

Termino, pues, afirmando que no hay un solo texto en nuestras fuentes que exija como condición indispensable de la obligación el *valor pecuniario* de la prestación; que hay, en cambio, una serie que demuestra que el juez romano podía también condenar en dinero con motivo de intereses no económicos, y esto, no sólo en las acciones penales, sino también en las de contrato. Pero aunque no hubiera ni un solo testimonio en ese sentido para esas últimas, fuera de la prueba relativa á las penales, que la *pecuniaria aestimatio* de la *condemnatio* en Gayo, IV, 48, y que no implica el reconocimiento del principio del *valor pecuniario*, bastaría para quitar todo fundamento al dogma de que la obligación no puede tener por objeto más que una prestación de naturaleza patrimonial. Ese dogma, en sí mismo, no es otra cosa que un error ocasionado por una mala inteligencia de una referencia de historia del Derecho.

Para el juez, no hay duda, la regla que resulta de esta teoría es perfectamente cómoda. Le dispensa de investigar trabajosamente hasta dónde puede extender la protección de los intereses puramente personales, y le permite ponerse al abrigo de toda duda y de toda dificultad; —dondequiera que el valor pecuniario no puede señalarse...; ¡rechaza la acción! y basta. Pero una cosa es el interés del juez, y otra el de la vida, y se trastornan las relaciones naturales de las cosas cuando se subordina este último al primero.

La indeterminación de la medida ó del punto de vista adecuado para el juez no son razón bastante para prescindir de ellos, cuando las necesidades de la vida los exigen, reemplazándolos con otros que si tienen

para el juez la ventaja de la precisión, no convienen en la vida práctica. La medida del *dilligens paterfamilias* que debe servir al juez para hacer la distinción tan importante entre la *culpa lata* y la *culpa levis*, no es menos indeterminada y menos elástica que la del interés personal, y la condición del *largo espacio de tiempo* (*usus longaevus, longa consuetudo, tenaciter conservata*, etc., etc.), para la costumbre, no cede, en tal concepto, á las dos nociones precedentes. Por otra parte, la misión del juez consiste precisamente en encontrarse en estado de remediar con su propia prudencia y saber, y con un tacto exacto, las imperfecciones de las fórmulas abstractas del Derecho. Un juez que no sabe más que aplicar maquinalmente los principios abstractos, es indigno de ese nombre. La misión que le confiere la L. 54 Mand. (17-1) *in bona fidei judiciis AFFECTUS rationem habendam esse*, no es más difícil que la aplicación exacta á un caso particular de la noción del *paterfamilias*, de la condición de la *longa consuetudo* y de tantas otras nociones jurídicas.

De ninguna manera quiero rehuir y dejar para el juez las dificultades de la aplicación práctica de la regla que aquí defiendo; creo, por el contrario, que es mi deber completar las explicaciones al fondo puramente negativo que yo acabo de dar, mostrando positivamente hasta dónde debe extenderse la protección de los intereses no económicos ó personales. No es que yo estime posible agotar el asunto, pero confío en que, tratándose de una materia de que la teoría prescinde con cierta prudente circunspección, no vendrá mal un estudio aunque sea modesto.

## CAPÍTULO V

### LÍMITES POSITIVOS DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS EN NUESTRO DERECHO ACTUAL

23. *Intereses no protegidos por el derecho.*—¿En qué límites producen una acción los contratos? Windscheid (*Pandectas*, § 25, nota 5) pone como condición «un interés legítimo según la apreciación del juez», y excluye todas «las reclamaciones fundadas en un simple capricho». Baron (*Pandectas*, § 208) profesa idéntica opinión.

No creo que esta distinción agote y comprenda toda la materia; hay intereses que no consideramos como caprichos, y que, sin embargo, no tienen derecho alguno á la protección jurídica.

Intentaremos determinar primero *negativamente* los límites de la protección jurídica, poniendo á un lado las relaciones que sin duda alguna no gozan de la protección jurídica.

Figuran, en primer término, las relaciones de la llamada vida *mundana* ó *de sociedad*. Hállase ésta fuera del derecho; excluye por su misma naturaleza la coacción exterior. Una invitación á una reunión y la aceptación de esta invitación, no engendran efecto jurídico para ninguna de las dos partes, aun cuando

en ello se juegue algún interés patrimonial. La invitación de un amigo á pasar los meses de verano en su quinta, tiene indudablemente un valor pecuniario; ahorra al invitado los gastos de su propio sostenimiento. Pero ¿quién se atreverá á sostener que si la invitación se retira, el invitado tiene derecho al reembolso de esos gastos? Y, sin embargo, los defensores del valor pecuniario de las obligaciones, de ser lógicos, deberían reconocerle tal derecho. Resulta de aquí que el dogma del valor pecuniario es demasiado estrecho de un lado, al par que demasiado amplio del otro. No hay falta de intereses en el invitado, y no puede verse en él un simple *capricho*..., pero nadie podrá sostener que semejante invitación engendra un *derecho*.

Lo mismo puede decirse de la aceptación de la invitación. La falta de un invitado puede, según las circunstancias, hacer perder todo el placer que su presencia prometía al que le invitó y á los demás invitados. El interés de su presencia, para aquél, no es ciertamente un simple capricho. Pero ¿quién se atreverá á sostener que aun cuando el invitado haya prometido de la manera más formal acudir, el que lo invitó tenga por ello una acción en reclamación del interés de afección? En mi concepto, ni la promesa de una pena convencional cambiaría ésto en nada, á pesar de la L. 38, § 17, de V. O. (45-1). Creo aplicables al caso los principios de la *conditio turpis*. La coacción hállese en contradicción con la relación á que aquí se aplica. La vida *mundana* ó *de sociedad*, es por su naturaleza *libre*, y por mi parte consideraría, con la L. 71, § 2, de cond. (35-1) semejante promesa como una *cautio per quam jus LIBERTATIS infringitur*.

Pero la vida á que nos referimos puede dar ocasión á una obligación de carácter profesional. El contrato

que verifica el dueño de la quinta con el encargado de los carruajes que han de conducir á la casa á los invitados, con el dueño del restaurant para el servicio de la comida, con los músicos para tocar los bailables de la fiesta, es un contrato profesional, que no pierde en nada su carácter propio por haber sido pactado con ocasión de la vida *mundana* ó *de sociedad*. Supongamos que esas personas encuentran posteriormente un empleo más ventajoso para sus servicios, ¿podrán rescindir su contrato? Quien funda la fuerza obligatoria de las convenciones en el interés pecuniario del acreedor, debe responder afirmativamente, porque en la reunión en la cual esas personas deben prestar sus servicios, no se trata de un interés pecuniario, sino de puro recreo. Por mi parte, no vacilaría como juez en condenar á esas personas en caso de incumplimiento del contrato á una pena pecuniaria arbitraria, y al hacerlo lo haría creyendo conformarme con los principios del Derecho romano.

En la vida *mundana* ó *de sociedad*, es decir, la reunión pasajera con el fin de pasar el tiempo ó de conversar, no comprendo las relaciones que llaman de *complacencia*, es decir, la prestación gratuita (de favor) de servicios y la entrega pasajera de las cosas propias. Tampoco esto tiene, en mi concepto, derecho alguno á la protección jurídica, aunque el interés sea de carácter patrimonial. Quien ha obtenido de otro la promesa de que le enseñará los rudimentos de la lengua latina, de las matemáticas, etc., etc., ó del piano, tiene un *interés* apreciable en el cumplimiento de semejante promesa: no se trata en verdad de un simple *capricho*; la promesa obtenida tiene además un valor patrimonial (los honorarios de los profesores que la enseñanza gratuita economiza). Y, sin embargo, ¿pue-

de nadie sostener que se haya de conceder una acción para el cumplimiento de esta promesa? Según las circunstancias en que la promesa le ha sido hecha, no tenía el carácter de un negocio periódicamente obligatorio, sino de mera *amistad*, que no puede obligar (1). Lo que se dice de las *prestaciones de servicios*, puede afirmarse, en mi concepto, de la promesa de cesión temporal de ciertas cosas, y considero falsa la opinión de que el *pactum DE COMMODO* dé lugar á una acción de una manera absoluta, mientras el comodato *realizado*, á diferencia del *precario*, está fuera del poder arbitrario del pretor.

Sin embargo, la revocación del comodato realizado no se rechaza de una manera absoluta: está prohibido hacerla de una manera intempestiva tan sólo. Arg., L. 17, § 3 Comm. (13-6)... *intempestive... inopportune*. En cuanto al precario, V. L. 12 de prec. (43-26)... *nulla vis est hujus conventionis est alienam rem domino invito possidere liceat*.

La tercer categoría de promesas que tenemos que separar, se compone de aquéllas que no presentan interés para el estipulante. Nos remitimos al caso ya citado en que un enfermo promete á su médico abstenerse de la música, comparado con el de la promesa del inquilino al propietario, que es obligatoria.

¿En qué estriba la diferencia entre ambos casos? El arrendador *sufre* por el incumplimiento de la promesa, el médico no. Del propio modo, el propietario *sufre* cuando su vecino remonta más su edificio, pero no cuando quien esto hace es otro propietario en lugar

---

(1) La L. 70, § 7 Mand. (17-1) y L. 13, § 2 de rec. arb. (4-8), mencionan promesas amistosas análogas que no crean ninguna obligación.

lejano. En el primer supuesto, el Derecho concede una acción, en el segundo no.

Pero no debe restringirse la condición del interés al inmediatamente propio: comprende también, según lo demuestran los ejemplos romanos citados (núm. 13), el interés de las personas unidas al que estipule por las leyes de la sangre ó del deber. En esas personas *sufre* aquél también: como en sentido inverso, en el caso de un *usus* restringido á sus necesidades personales, goza por ellas cuando les permite participar de su goce. (L. 2, § 1.—L. 9 de um., 7-8.)

Cuando el padre ó el tutor, al poner á su hijo ó pupilo á hacer un aprendizaje, estipulan que irá al catecismo ó á la escuela, ó bien cuando al colocar su hijo á servir convienen la manera cómo será tratado con respecto del alimento y demás, no se puede, en mi opinión, negarles, so pretexto de falta de interés, la acción para perseguir el cumplimiento del contrato. El padre y el tutor *deben*, en los contratos de ese género, velar por el interés del hijo ó del pupilo; el interés de esas personas es suyo: si éstas sufren, ellos sufren igualmente cuando están animados de buenos sentimientos.

24. *De los intereses que deben ser protegidos.*—Abordaré ahora la determinación *positiva* del interés; es decir, la enumeración de los intereses á los cuales, en mi sentir, dado el desenvolvimiento actual de nuestra vida y civilización, no se puede negar el derecho de protección jurídica. Los intereses del patrimonio se colocan desde luego á un lado, pues no hay cuestión respecto de ellos. Tampoco creo tener necesidad de mencionar aquí el derecho de familia.

25. *Noción del interés.*—La primer cuestión que debemos resolver es ésta: ¿qué es el interés? Sin com-



prometerme, por el momento, á dar una explicación detenida de esta noción, cosa que reservo para otro lugar (1), me limitaré á reproducir el resultado de mis investigaciones anteriores.

El interés, en el sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo *siento* que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia ó mi bienestar, de mi satisfacción ó de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato. El sentido en el cual tomamos aquí la noción de la condición de la vida, es completamente *relativo*; lo que para uno constituye parte de la vida en su *plenitud*, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Y es esto verdad, tanto para los pueblos como para los individuos, y hasta para las diversas fases de la civilización de un mismo pueblo. Con los intereses del pueblo se modifica también el derecho, cuya misión consiste precisamente en asegurar por la coacción exterior las condiciones indispensables de la vida en la sociedad (?). La medida de los intereses es, por tanto, variable, y sería realmente desconocer por completo la importancia del asunto, el pretender tratar *abstractamente* la cuestión de los intereses que se deben proteger jurídicamente, como si fuera posible llegar á la misma solución para todos los pueblos y para todos los tiempos. Un jurista de la antigua Roma se hubiera burlado de Papiniano y de su principio, *AFFECTUS rationem habendam esse*, porque no comprendía aún los intereses admitidos por Papiniano, como el campesino de la antigua Roma no hu-

---

(1) En el tomo II de mi obra *El Fin en el Derecho*.

*Cuestiones jurídicas.*

biera comprendido la posibilidad de establecer una servidumbre predial, no sólo por utilidad, sino también por recreo.

Papiniano, por el contrario, hubiera comprendido nuestra época con sus intereses, porque no son otros, en su esencia, que los de su época, es decir, los de un pueblo de civilización desarrollada; y aunque nuestra época ha sobrepujado bastante la suya en lo concierne á los organismos exteriores que sirven á la civilización: librería, prensa, caminos de hierro, telégrafos, etc., la medida adecuada para considerar en justicia los intereses que entrañan, no le hubiera faltado. Lo que le hubiera llenado de asombro sería el ver que una jurisprudencia que se vanagloria de haber sido educada por él y por los romanos, haya intentado aplicar, para los intereses que se deben proteger jurídicamente, una medida que es el reflejo de una concepción de la vida de un pueblo inculto, y la cual, si pudo bastar para el pueblo romano antiguo, en Roma, en la época ya de los juristas clásicos había sido reemplazada por otra más elevada y más en relación con la civilización de esta época.

De esta suerte, es como el cuadro de los intereses del Derecho romano, tal como queda trazado antes, puede conservarse sin dificultad aun hoy. Mi tarea consiste sólo en completarlo mediante ejemplos tomados de nuestra vida actual. No me propongo dar más que ejemplos, no quiero trazar una casuística completa, ni aun de una manera aproximada. Bastarán, en verdad, los ejemplos para dar una idea clara de los intereses puestos en juego, y para bosquejar un esquema al cual todos puedan fácilmente añadir los casos por mi omitidos.

26. *Interés en la venta.*—Se me permitirá hacer

previamente algunas indicaciones sobre la relación del contrato de venta con la cuestión que nos ocupa. Para ese contrato, el Derecho romano no conocía, que yo sepa, más que la medida del interés pecuniario, lo cual es en mi concepto una imperfección, un vestigio de la época anterior, que creo estamos en lo firme al rechazar.

En efecto, paréceme indudable que con el reconocimiento del valor pecuniario no siempre queda satisfecho el interés del comprador.

El comprador puede tener en el cumplimiento del contrato de venta un interés distinto del dinero tan solo. Los contratos de suministro de los «objetos necesarios al ejército ó á la marina en tiempo de guerra, ó de los víveres necesarios para evitar los efectos del hambre» (Código penal del Imperio alemán, § 329) no son otra cosa, desde el punto de vista del Derecho privado, que contratos de venta ordinarios. Ahora bien; de su ejecución pronta depende la salud y el bienestar de millares de hombres, quizá el éxito de toda una campaña militar, y en su consecuencia la seguridad del Estado. Con razón nuestro Código penal ha conminado con penas (acaso demasiado suaves todavía) el incumplimiento de tales contratos. En mi concepto, en caso de incumplimiento inmotivado de un contrato de venta (por ejemplo, en caso de ventas sucesivas), se debería conceder también al juez civil, á petición de la parte lesionada, el derecho de hacer justicia al sentimiento jurídico ofendido de esta última, condenando á la primera á una satisfacción pecuniaria. ¿Qué le sirve al comprador obtener el valor pecuniario de la cosa, cuando este valor, no sólo no es más elevado, sino que puede hasta ser menor al del precio convenido? De hecho no hay tal protección, no hay ahí un

perjuicio jurídico que pueda impedir á un hombre de negocios sin conciencia vender á un segundo comprador que le ofrece más, una cosa que ha vendido ya una vez. La pena del doble que los romanos establecieron en una porción de relaciones, estaría aquí muy en su punto. Si nuestro Código la consignase, ahorraría al juez muchas dificultades y dudas, y no se censuraría á nuestro Derecho por presenciar impasible é impotente actos injustos realizados sin vergüenza y con pleno conocimiento de causa.

El principal contrato, al cual se refieren casi todas las cuestiones de interés dudosas de nuestra vida actual, es el contrato de arriendo en sus tres formas: *locatio rei, operarum, operis*. Señalaré en este amplio campo de aplicaciones las especies que siguen:

27. I. *Alquiler de casas*.—Examinemos ante todo las reclamaciones del *arrendatario* por incumplimiento del contrato de alquiler de parte del arrendador.

Las causas normales de esas reclamaciones son las siguientes:

Retardo en la entrega de la casa, en el supuesto de que corresponda por ley ó por convenio al arrendador la obligación de poner la habitación en estado de uso.

Retención de una parte de la casa, por ejemplo, el jardín anexo.

Perturbación en el uso de la casa, por disposiciones ó actos injustos del arrendador.

Ruptura del contrato de alquiler hecho por un término dado, á consecuencia de la venta anticipada de la casa.

Condenar en esos casos al inquilino á la prueba de su interés pecuniario, cuando la acción que tiende á la ejecución material del contrato es insuficiente, es

tanto como dejarle sin protección alguna y sacrificarle á la arbitrariedad del dueño. Ordinariamente cito en mis lecciones el caso siguiente, como ejemplo, repito, de lo que puede producir el principio del interés pecuniario.

En espera de una fiesta, que según todas las probabilidades atraería á una ciudad un gran número de forasteros, una persona comprometió para sí y su familia habitaciones suficientes en un hotel de la localidad; en el intervalo, el dueño del hotel, apurado por los numerosos pedidos de habitaciones, encontró ocasión de alquilar aquéllas en un precio mucho más elevado. El que las había comprometido, confiando en el compromiso, llegó á la población á altas horas de la noche, encontrándose despedido del hotel, y teniendo que recorrer con su mujer é hijos de un lado á otro hasta acomodarse en un hotel de un rango muy inferior. ¿Qué decidirán aquí esos jueces que miden el interés exclusivamente según el valor pecuniario? Si el viajero desairado ha tenido la suerte de encontrar un coche para hacer sus correrías en busca de nuevo hotel, el juez condenará al reembolso de la suma gastada para ese concepto; y si á causa de la hora avanzada de la noche el viajero no ha podido encontrar carruaje, ese juez no impondrá condena de ningún género, pues á la mañana se habrá encontrado el viajero con la misma cantidad de dinero en el bolsillo que al empezar sus peregrinaciones: no ha sufrido la más mínima baja en su *patrimonio*. Ahora bien: ¿es ese resultado, que contradice y ofende todo sentido jurídico, el que se quiere defender, y el que hasta se llega á defender como una idea sutil del Derecho? Prefiero entonces pedir justicia á un pachá turco, antes que á una jurisprudencia perfeccionada que me deja de tal

manera abandonado. Si eso fuera admisible, sería el primero en tirar esa jurisprudencia por la ventana.

Se hacen á veces en interés del arrendador convenciones que no tienen ningún valor pecuniario. Citaré entre ellas: la convención relativa á que el inquilino no tocará música, ó que no podrá tocarla después de una hora dada; que no podrá organizar bailes en la casa, ni tener perros, ni subarrendar. Me remito para esos casos á lo dicho antes (núm. 2).

28. II. *El servicio doméstico*.—La cocinera deja el servicio antes de la expiración del término convenido; la niñera sale y no vuelve. Los amos experimentan un gran contratiempo: la señora tiene que ocuparse con la cocina y el señor en cuidar á los niños. ¿Qué auxilio les presta en esta contingencia la teoría del derecho común del valor pecuniario? Absolutamente ninguno. Las incomodidades, para ella, no tienen valor pecuniario. Felizmente tenemos aún en las poblaciones ordenanzas sobre los domésticos, que remedian la falta de protección jurídica á que nos condena esta teoría; pero lo que yo sostengo precisamente es que el Derecho nos debe ayuda, y que una teoría que nos la niega está viciada en sus fundamentos y es mala. No puede invocar el Derecho romano: aquí mismo lo dejo demostrado (núm. 17-6): la L. 8, § 2, Rat. rem. (46-8), concede expresamente un recurso contra las incomodidades sufridas.

Se estipulan, frecuentemente, con los contratos para el servicio doméstico, convenciones sobre el alimento, la extensión ó especie del servicio, horas de libertad que el doméstico ha de tener, por ejemplo, el domingo por la tarde, asistencia á los oficios religiosos, etc., etc. Esas estipulaciones son tan esenciales para los domésticos ó para los parientes ó tutores que las pactan,

que sin ellas, en muchos casos, no hubieran contratado. Supongamos ahora que los dueños no respetan esas convenciones, ¿no dará el Derecho protección alguna contra ellas? No me refiero aquí al cumplimiento por coacción—llega la mayor parte de las veces tarde—sino á la reparación pecuniaria por lo pasado. Y ¿quién no ve claro que sin esto la convención pactada no es más que una vana palabra?

29. III. *Convenciones que tienen por objeto la habitación y el alimento, la asistencia médica, la educación, la enseñanza, etc.*—Figuran en este grupo la colocación de un loco en un manicomio, de un escolar en un colegio, los convenios sobre la prestación de alojamientos militares, los contratos á precio fijo para la asistencia médica, y en particular los contratos municipales para el cuidado de los pobres, los de las compañías de ferrocarriles para la asistencia médica de su personal y el contrato de *pupilage* (habitación y alimento por un precio dado).

30. IV. *Convenciones que tienen por objeto intereses artísticos ó científicos.*—Citaré, por vía de ejemplo, los siguientes casos:

Contrato con un editor. Que el autor haya ó no es tipulado honorarios, no se trata para él solo de una cuestión de dinero, sino también y á veces sólo de la publicación de su obra, sea con miras de gloria personal ó por amor á la ciencia. Considerar el contrato con un editor sólo desde el punto de vista del interés pecuniario, es desconocer por completo la importancia ideal de la literatura, colocándola al nivel de una mera industria, y al escritor al de un servidor asalariado, en cuya persona el Derecho no reconoce ni protege otro interés que el de la ganancia pecuniaria.

Lo que se afirma de este contrato puede también

afirmarse de las estipulaciones aisladas del mismo; por ejemplo: forma del libro, grabados, época en que se pondrá á la venta, etc., etc.

Convención del pintor respecto de la exhibición de su cuadro en la vitrina de un comerciante de objetos de arte ó en una exposición de pinturas.

Convención del autor dramático ó del músico sobre la ejecución de su drama ó de su ópera.

Convención del actor sobre el desempeño de ciertos papeles.

Todas estas convenciones tienen por objeto intereses verdaderamente vitales de las personas á quienes conciernen; pero ninguna de ellas estaría en situación, en el supuesto de inobservancia, de fijar su interés pecuniario con precisión, y á menudo la ejecución por medios coactivos será imposible. Así, pues, en este punto también nos vemos obligados á reconocer que el principio del interés pecuniario no responde de ninguna manera á las exigencias de nuestra civilización tal como se ha desenvuelto hasta nuestros días.

En la enumeración que precede me he limitado á los ejemplos en los cuales el punto de vista del interés pecuniario está absolutamente excluido, omitiendo además todos los casos en los cuales la ruptura del contrato afecta también al interés económico. La ruptura del compromiso contraído por una cantante para varias representaciones, ó por un profesor de francés en un colegio, causa un perjuicio al teatro y al colegio, que se proponen obtener beneficios; y aunque el cuánto del daño económico no pueda evaluarse exactamente en dinero, el interés de que trato no por eso deja de ser, ante todo, un interés pecuniario. El error que aquí pudiera cometer el juez no concierne á la aplicación del principio de la condena pecuniaria con-



siderada en sí misma, sino sólo sobre su *falsa* aplicación. Desgraciadamente ocurre con demasiada frecuencia en nuestra práctica alemana la exigencia de la prueba estricta del cuánto del interés personal.

También puede citarse aquí la promesa de recompensas á las obras de arte ó de ciencia; por ejemplo, el premio para un drama ó para un cuarteto. Los jueces del concurso designados por el fundador, desde el momento en que aceptan su misión, están obligados á aplicar las primas prometidas de la manera que les esté prescrita.

Su juicio sobre el *valor* de las obras presentadas queda naturalmente libre é ilimitado; pero en cuanto á las diversas *categorías* de concursos, están jurídicamente ligados por las instrucciones recibidas, y no pueden, por ejemplo, atribuir á una comedia el premio prometido para un drama. Están *jurídicamente* obligados á emitir su juicio, al modo como lo estaba el *arbiter* romano.

31. V. *Convenciones que tienen por objeto un fin de interés general*.—Por vía de ejemplo citaré la suscripción ó la reunión de fondos para personas necesitadas, para la erección de un monumento, creación de fundaciones, etc.

La relación que se establece entre las personas que se ponen á la cabeza de semejantes empresas (comités, juntas) y los suscritores, es una relación de mandato; y según los textos indicados antes (núm. 15) sobre el *mandatum aliena gratia*, es indudable que en el caso del no empleo de las sumas suscritas, los suscritores tienen, no sólo una acción de restitución (*condictio ob causam datorum*), sino también la acción del mandato para el cumplimiento de sus voluntades.

Citaremos también, á modo de ejemplos, los contra-

tos estipulados por los comités de fiestas para la preparación de locales destinados á recibir los extranjeros participantes en las fiestas públicas, (gimnastas, cantantes, etc.), para socorrer á los soldados en marcha, los contratos de las sociedades de socorros para proporcionar víveres á los pobres, y los de las comisiones de embellecimiento de los parques públicos. La forma normal bajo que se realizan, en nuestra vida actual, esos esfuerzos encaminados á la persecución ó á promover fines de utilidad general, es la creación de círculos ó comités.

Las convenciones que éstos pactan, tienen de particular, desde el punto de vista del Derecho, que los miembros del comité contratan á la verdad en *su propio nombre*, pero no en su propio *interés pecuniario*.

En el número de esas convenciones figura igualmente la construcción de un *ferrocarril en interés del público*, que ha dado lugar al presente estudio.

## CAPÍTULO VI

### DE LA NECESIDAD DE UN INTERÉS EN LA PERSONA DEL ACREEDOR

32. *Estado de la cuestión.—División.*—Creo haber refutado suficientemente en todo lo que precede el dogma de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias.

Pero se presentan todavía otras dos cuestiones.

1.<sup>a</sup> ¿Se puede en una convención perseguir intereses extraños? (§ 1.)

2.<sup>a</sup> En caso afirmativo, ¿es preciso hacer una excepción para los intereses públicos? (§ 2.)

#### § 1.—¿Se pueden perseguir por convención intereses extraños?

33. *¿Se pueden estipular contratos en interés de otro?*  
—Se ha sostenido que no se puede estipular un contrato en interés de otro, ni en nombre propio, ni en el ajeno.

Este aserto hállase en contradicción con los hechos más conocidos.

Todo *adstipulator*, todo *procurator* en Roma, realiza-

ba la convención en interés de su mandante; la institución completa del *procurator* hubiera sido imposible entre los romanos, si esta circunstancia hubiera constituido un obstáculo á la validez del contrato; todo demandado hubiera podido objetar al *procurator* que había obrado no en interés propio, sino ajeno.

En realidad, la simple conclusión del contrato por el *procurator* bastaba para darle acción. ¿Con qué objeto lo había estipulado? ¿Era para él ó para su mandante? ¿Conforme ó no con sus instrucciones? Todo eso concernía exclusivamente á las relaciones con su mandante, y no tenía por qué inquietarse respecto de ello el demandado. Que tales relaciones fuesen conocidas de la otra parte después del contrato, ó que el mismo *procurator* se las hubiese dado á conocer, lo decisivo era tan sólo la *forma* de la conclusión del contrato *en nombre propio*.

Nuestro Derecho actual, como es sabido, ha ido más allá aún en el reconocimiento de los contratos estipulados por terceros, porque permite concluir el contrato á nombre del mandante. Autoriza la representación directa. Pero eso no excluye ni hace superflua la representación indirecta. Ahora bien; desde el momento en que se reconoce la validez de esta forma de contrato, resulta imposible sostener que no se pueda estipular contratos más que en interés propio.

Pero hagamos abstracción por un momento, de la representación, y veamos á dónde nos llevaría la tesis de que no se puedan estipular contratos más que en su propio interés.

Quien dice interés en el contrato, dice fin perseguido por el contrato en cuanto á la persona. Si el fin perseguido por el contrato se refiere al contratante mismo, ha contratado en su propio interés: si el fin se

refiere á un tercero, entonces ha contratado en interés de otro.

Compra uno un violín para su sobrino, ¿puede exigir la entrega? No, según la opinión adversa, porque no lo ha comprado para sí. El dueño de una casa que no tenía necesidad de hacer en ella reparaciones, pero que se decide á hacerlas por complacer al inquilino, estipula con varios artesanos algunos contratos al efecto. ¿Son obligatorios éstos? No, porque no es á él, sino al inquilino á quien van á beneficiar. Según esto, todos los contratos con un fin de mera liberalidad en obsequio hacia un tercero serian nulos, resultando así que no habría contrato seguro. Quien quisiera reclamar su cumplimiento debería esperar á que se le obligase á hacer la prueba de su propio interés; el hombre que tiene los ojos buenos y sanos debería justificar el interés que ha tenido en comprar los anteojos; el hombre con el cabello abundante debería consignar por qué ha comprado una peluca, ó bien, como no tiene en sí interés alguno en la ejecución del contrato, debería ser despojado de su acción. El egoísmo más seco, sería, según lo expuesto, el único motivo que encontraría defensa ante el Derecho; toda acción, para otros, resultaría suprimida; y hasta el egoísmo, para alcanzar justicia, debería demostrar que era tal egoísmo, y que ni por excepción había obrado en interés de otro.

En realidad, una intrusión semejante del fin contractual en el círculo de la apreciación judicial, es completamente extraña al Derecho, y, según el Derecho romano en particular, *desde el instante en que el contrato se ofrece atestiguando el interés*, no se pide á nadie probarlo. La misma conclusión del contrato vale como prueba del interés.

Y digo desde el momento en que el contrato se ofrece para atestiguarlo.

Con esta indicación aludo á las convenciones mencionadas antes en los números 21 y 23, que dan ó no lugar á una acción, según que el estipulante *sufre* ó no *sufre* por el incumplimiento, y que exigen así la prueba de un *interés*, pero no de un interés patrimonial, según hemos visto.

Al lado de esas convenciones que no dan lugar á una acción más que de una manera *hipotética*, es preciso distinguir las que dan lugar á ella de una manera *absoluta*. Para éstas no era necesario *jamás*, según el Derecho romano, la prueba del *interés en la creación de la obligación* (que no es preciso confundir con la estimación del interés por incumplimiento de la *obligación*); la simple terminación del contrato basta ya para procurar la acción del estipulante. Entre esas convenciones están todas aquellas que tienen por objeto la prestación de una *cosa*—la *cosa* presenta en sí siempre un interés; así tenemos la acción de *restitución* de lo que se ha dado en préstamo, depósito, comodato, etc., ó la de entrega como resultado de una venta, de un cambio. De esta clase es también la *locatio conductio* en el sentido romano, bajo sus tres formas, como *locatio rei*, *operarum*, *operis*. Del propio modo que quien ha comprado una cosa no debe probar previamente que tiene un interés en el cumplimiento del contrato, así, quien ha arrendado una habitación, ó los servicios de un criado, ó la construcción de un edificio, no debe probar que tiene interés en que el contrato se cumpla; la convención como tal da fe claramente de que constituye un negocio.

Lo mismo ocurre con los contratos hechos por una comisión ó comité para la construcción de un ferroca-

rril de interés general. Si una sociedad ferrocarrilera, que ha confiado la construcción de un ferrocarril á un empresario, no debe justificar previamente su interés, tampoco debe hacerlo el comité respecto de los contratos verificados con el fin de cumplir su misión. No veo en dónde puede estar aquí la diferencia para el que haya comprado, dado en préstamo, contratado la construcción de un ferrocarril, sea un gobierno, un particular ó un comité. ¿Se dirá que el comité no ha obrado para sí, y que, por tanto, el contrato es nulo? Entonces quienquiera que estipule un contrato, aunque sea en su propio nombre, pero en interés de otro, debe esperar que se le haga la misma objeción; jamás, dado esto, bastaría el simple contrato como tal; el demandante debería comenzar siempre por justificar que lo ha verificado en su propio interés. Y no sólo se acabaría así con el principio de la autonomía, que impera en toda nuestra vida social, sino que toda la seguridad en las relaciones civiles resultaría perturbada, quedando abierta la puerta á las malas artes del engaño—ya que hasta en los mismos contratos concluidos en interés propio, el demandante tendría que empezar por demostrarlo—y haciendo por tal modo el Derecho imposible toda representación personal del interés ajeno.

Cada cual sólo podrá obrar para sí mismo.

Para terminar: la *actio locatio* para la ejecución de una *locatio conductio operis* no exige tampoco para ser fundada la prueba del interés, como tampoco la exige la *actio empti* para la ejecución de un contrato de venta: la cuestión de saber en interés de quién esos dos contratos se han pactado, no se somete al juez: éste debe limitarse á imponer al demandado el cumplimiento del contrato, cuando reconoce haberlo estipulado.

§ 2.—Los intereses que se persiguen en la realización de un contrato, ¿pueden ser de utilidad general?

34. *Nada impide perseguir en los contratos objetos ó fines de interés general.*—De las consideraciones hechas hasta aquí resulta que en los contratos de la especie indicada, el demandante puede reclamar la prestación convenida sin tener que explicar si esta prestación es en beneficio suyo ó de otros. El objeto perseguido en el contrato constituye sólo un *motivo* de la conducta del demandante (acerca de la cual puede éste negarse á dar explicaciones al demandado), pero no constituye un elemento de su derecho. Siendo esto así, no se advierte qué influjo tendrá el que el objeto ó fin sea verosímil ó abiertamente de *utilidad general* ó *pública*. El objeto no tiene en principio nada que ver con el contrato; el contrato de venta queda tal contrato de venta aun cuando recaiga sobre un buque de guerra que el comprador tiene intención de poner á disposición del gobierno. Según la teoría de nuestros adversarios, el constructor de buques que ha emprendido la construcción de un navío podría oponer al demandante que un buque de guerra no presenta utilidad alguna para un particular. La circunstancia de que hay órganos especiales instituidos para la gestión de los intereses públicos, hace que haya tan escasa cooperación de los particulares, de las corporaciones y de las sociedades para los mismos fines, que, por el contrario, el gobierno debe, con razón, acoger su cooperación con reconocimiento. Es preciso estar ciego voluntariamente para no ver en qué amplia esfera nuestro



Estado moderno se ve auxiliado por la actividad de las sociedades en sus esfuerzos por el bien público, y cuántas cargas suprime esta actividad ó á lo menos cuántas aligera con su ayuda. El Estado, cada vez que se forma una sociedad de beneficencia, habrá de decir á sus fundadores: ¡el cuidado de los pobres es cosa mía y del municipio! ¿á qué os molestáis por eso los particulares? Quien preste un momento de atención para contemplar el desenvolvimiento de nuestra administración pública en estos últimos siglos, encontrará que toda una serie de cargas que el Estado ha tomado hoy en sus manos han sido en un principio soportadas por medio de la libre asociación: la enseñanza por los comités escolares, la asistencia de los pobres por las sociedades de socorros, la construcción de calles, de diques, etc., etc.

¿Y debe el Derecho poner obstáculo precisamente á la manifestación de esos esfuerzos tan potentes y eficaces para la prosperidad pública? ¿Debe decir á los particulares que consagran su tiempo, su trabajo y su dinero á fines de utilidad general, ocupaos en vuestros negocios y no en los negocios públicos?

Vanamente he procurado investigar hasta aquí un derecho que contenga semejante principio, y difícil será á nuestros adversarios encontrarlo. En todo caso, no deberían buscarlo en el Derecho romano, porque, muy lejos de haberse colocado en actitud hostil á la libre acción del espíritu de comunidad, por el contrario, según hemos visto en un gran número de ejemplos, ha dado á ese espíritu un gran impulso, sosteniéndole y animándole en una medida que supera bastante á cuanto en el mismo sentido se ha hecho por nuestro Derecho actual.

Y para precisarlo mejor aún; ¿conocía el Derecho

romano ni una sola regla que negase eficacia á una convención pactada en un interés general ó público, y sólo en vista de este interés? El espíritu público en Roma se manifestaba á menudo, como es sabido, en la construcción de edificios públicos, templos, circos, teatros, monumentos, etc. Supongamos que uno de esos grandes de Roma de quien la historia nos ha conservado los rasgos de liberalidad grandiosa y verdaderamente útil, hubiera hecho un pacto para la edificación (*locatio operis*) con un empresario, ó con una sociedad constructora, y se viera obligado á intentar una acción, ¿qué pretor ó juez romano hubiera acogido la excepción del demandado, sosteniendo que el demandante había contratado, no en su interés, sino en interés general? En tiempo de guerra ocurría en Roma que ciertos particulares ricos ó asociaciones (por ejemplo, las sociedades de publicanos) armaban navíos de guerra poniéndolos á disposición del Estado. Aquí el objeto y fin del contrato traspasaba los límites de la utilidad general en el sentido indicado; entraba en la esfera de las cargas del Estado. ¿Podrá ser de otra suerte entre nosotros? No conozco regla alguna de Derecho que haya modificado en este punto el Derecho romano. La regla de que en las convenciones que producen una acción de una manera absoluta, se mira, no al fin perseguido por el contrato, sino sólo á la conclusión de éste, no ha dejado de aplicarse para los fines de utilidad general, ofreciéndose en la vida actual abundantísimos ejemplos de convenciones pactadas en vista de intereses de ese carácter. Me bastará para ese objeto citar uno solo. Un comité para el embellecimiento de una localidad, estipula con un jardinero una convención para el establecimiento de un parque público (*locatio conducti operis*); con un herre-

---

ro otra para la entrega de los bancos de hierro destinados al parque (*emptio venditio*); con un banquero otra para el depósito en cuenta corriente de las suscripciones recaudadas (*mutuum*). Si el comité se viera obligado á intentar una acción contra cualquiera de esas personas, ¿habría juez que la rechazase fundándose en que el comité ha pactado una convención, no en interés propio, sino en interés general, y que para atender á este último existen órganos especiales?



# LA POSESIÓN



## TEORÍA SIMPLIFICADA



# LA POSESIÓN

---

## I

### La posesión como objeto de un derecho.

Uno de los signos por los cuales el jurista se distingue de todo otro hombre, está en la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad. En el lenguaje común se emplean con gran frecuencia esas expresiones como equivalentes. Se habla de retención, de restitución de la propiedad, allí donde, en el lenguaje del jurista, se debería hablar de retención ó de restitución de la posesión. Se habla de grandes posesiones territoriales, de posesiones, de fundos, etc., etc., cuando se trata de la propiedad, y esta confusión se encuentra también entre los romanos. En el lenguaje de la vida diaria, se servían de la palabra *possessores* para designar los propietarios de inmuebles. Puede inferirse de este hábito del lenguaje cuán poca diferencia se advierte entre la propiedad y la posesión, en cuanto á su manifestación exterior en la vida. Y en realidad, es así. Por lo común, el poseedor de una cosa es al mismo tiempo su propietario; de

ordinario el propietario es el poseedor, y mientras subsista tal relación normal, es inútil establecer una distinción. Pero desde el momento en que la propiedad y la posesión se separan, el contraste se produce inmediatamente con una evidencia tal, que no puede pasar inadvertido, ni siquiera al no jurista. Es evidente, hasta para el espíritu más sencillo, que la sustracción violenta y clandestina de una cosa mueble no hace perder la propiedad al propietario, y aun cuando en su vida haya oído hablar de poseedor ni de propietario sería capaz de definir *de hecho* las posiciones distintas del uno y del otro, con una exactitud tan perfecta que no le quedaría que aprender del jurista más que el lenguaje: la una se llama la propiedad, y la otra la posesión. Para negar al uno el derecho de guardar la cosa y para conceder al otro el derecho de recuperarla, el no jurista ha debido comprender que la relación de esas dos personas en cuanto á la cosa, es enteramente distinta, y no le sería difícil expresar la diferencia con una exactitud perfecta. De hecho, se diría, la cosa se encuentra en manos de uno — he ahí la posesión, — diría el jurista; pero de derecho, sigue perteneciendo al otro como antes — he ahí la propiedad diría el jurista; el conflicto resultará entre el no propietario que posee y el propietario que no posee.

El hecho y el derecho; tal es la antítesis á que se reduce la distinción entre la posesión y la propiedad. La posesión es el poder *de hecho*, y la propiedad el poder *de derecho* sobre la cosa. Ambas pueden encontrarse en cabeza del propietario, pero pueden también separarse, pudiendo ocurrir esto de dos maneras. O el propietario transfiere á otro la posesión tan sólo, quedándose con la propiedad; ó la posesión le es arrebatada contra su voluntad. En el primero, la posesión es justa (*possessio*



*justa*), y el propietario mismo debe respetarla; en el segundo caso es *injusta* (*possessio injusta*), y puede aquél acabar con ella por una acción en justicia. Ahora bien; una vez adornado con esta facultad, resulta que tiene el *derecho de poseer*. En su persona, la posesión no tiene, como en la del poseedor injusto, el carácter de una relación de puro hecho, sino el de una relación jurídica; la posesión del propietario lleva consigo el derecho de poseer (*jus possidendi*).

La importancia práctica que para él presenta ese derecho es evidente. La utilización económica de la propiedad tiene por condición la posesión. La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin llave para abrirlo, un árbol frutal sin la escala necesaria para recoger sus frutos. La utilización económica de la propiedad consiste, según la naturaleza distinta de las cosas, en el *uti, frui, consumere*. El propietario puede realizarla por sí mismo (utilización *inmediata* ó *real*), ó cederla ya por dinero (arriendo, venta, cambio), ya gratuitamente (préstamo, donación) á otras personas (utilización *mediata* ó *jurídica*), siendo necesario clasificar en esta segunda categoría la concesión condicional del derecho de vender, bajo forma de hipoteca. Todos esos actos tienen por condición la posesión. Quien no tiene una cosa no puede consumirla, ni usarla, ni percibir sus frutos, y si la *conclusión* de convenciones (obligatorias) para la cesión del *uti, frui* ó de la propiedad á otras personas no supone la existencia actual de la posesión, la *realización* de esas convenciones, por la *ejecución*, la exige. Según el Derecho romano, y según el Derecho común actual, lo dicho es cierto aun para la transmisión de la propiedad, la cual no puede efectuarse sino mediante la transmisión de la posesión.

De donde resulta que el propietario privado de la posesión se encuentra paralizado en cuanto á la utilización económica de su propiedad. La posesión como tal no tiene ningún valor económico, y no lo adquiere más que porque hace posible la utilización económica (de hecho ó de derecho) de la cosa, aun cuando se tratase sólo de la mera contemplación de un cuadro. Si un cuadro me fuera entregado en una caja cerrada, la posesión estaría desprovista de valor para mí. La posesión sin provecho posible sería la cosa más vana del mundo. Su valor consiste únicamente en la función indicada: es *un medio para alcanzar un fin*.

Síguese de aquí que arrebatarse la posesión es paralizar la propiedad, y que el derecho á una protección jurídica contra la desposesión, es un postulado absoluto de la idea de propiedad. Esta no puede existir sin tal protección, por lo cual no es necesario buscar otro fundamento á la protección posesoria; se infiere de la propiedad misma.

Pero el Derecho romano ha dado al derecho de poseer del propietario una extensión infinitamente más amplia que la que se supone en el caso indicado, en el cual no se advierte más que la antítesis de la posesión y de la propiedad reducidas á su expresión más simple. El Derecho romano da al propietario el medio de recuperar la posesión de todo individuo en cuyas manos encuentra su cosa, y sea cual fuese la manera cómo este individuo ha recibido la posesión. Ese medio, que consistía en la época primitiva en un acto solemne de recurrir á la fuerza privada, y que no conducía á una instancia judicial más que en caso de resistencia, es la *reivindicatio*. Encierra el signo particular de la noción romana de la propiedad, comparada con el aspecto que reviste en el derecho de los demás pueblos.

Como en ninguna otra parte, encuéntrase ahí la idea que los romanos se formaban de la importancia de la posesión para la propiedad. Propiedad y derecho á la posesión son sinónimos. Para hacerse restituir la posesión, el propietario no tenía más que probar la propiedad en su persona por uno de los modos de adquisición legalmente prescritos, y la existencia de la posesión en la persona del demandado. La propiedad y la posesión se miden aquí sin mezcla de ningún otro elemento, pudiera decirse que casi en toda la pureza de su principio; y he ahí lo que distingue esta lucha por la posesión, de la disputa señalada antes, donde se encuentra además, en la persona del demandado el elemento de la injusticia subjetiva que aquí falta. En razón de este elemento, el autor de la injusticia subsiste como tal aun cuando cese de poseer. Para que la acción sea admisible, no es preciso que el demandado tenga todavía en sus manos la cosa, mientras que la reivindicación, fundada únicamente en el hecho de que otro posee, supone la existencia de la posesión *en el momento que se intenta*.

Las explicaciones que preceden no han indicado siquiera la importancia jurídica particular que se da á la posesión como tal, en el Derecho romano y en todas las legislaciones que de él se derivan. Hemos considerado la posesión en su relación con la propiedad, y podemos resumir lo expuesto en las proposiciones siguientes:

- 1) La posesión es indispensable al propietario para la utilización económica de su propiedad.
- 2) Resulta de esto que la noción de propiedad entraña necesariamente el derecho del propietario á la posesión.
- 3) Ese derecho no podría existir si el propietario

no estuviese protegido contra el despojo injusto de la posesión. La protección jurídica contra todos los atentados injustos á la posesión del propietario, y los cuales consisten en el despojo ó en la perturbación de esta última, forma un postulado absoluto de la organización de la propiedad.

4) La cuestión de saber si al modo del Derecho romano, la protección del derecho de poseer del propietario debe ampliarse aun contra los terceros poseedores, es para el legislador una cuestión abierta, que puede decidir y que ha decidido en uno ó en otro sentido.

Ese derecho de reclamar la restitución de la posesión contra los terceros, lo ha extendido el Derecho romano más tarde á otros derechos. Ha extendido la *reivindicatio* (como *utilis vindicatio* ó *in rem actio*) á otras personas distintas del propietario. Tales son, en primer lugar, las personas á las cuales el propietario mismo, sin despojarse de su propiedad, ha concedido el derecho de utilizar la cosa, ya para procurarles el goce económico de propiedades edificadas ó de bienes rurales (*superficies, enfiteusis*, una y otra concedidos á perpetuidad ó por largo plazo), ya para asegurar el pago de sus créditos (hipoteca con el derecho de vender eventualmente la cosa, *pignus, hypotheca*). Aparte de esas personas, cuya posición jurídica caracteriza el jurista atribuyéndoles un *jus in re*, la acción ha sido concedida de una manera más restringida (como *actio publiciana*) al *bonae fidei possessor* ó poseedor de buena fe (propietario putativo); es decir, á aquel que sin ser propietario en realidad, tiene, sin embargo, motivos suficientes y razones para creerse tal, porque ha adquirido la cosa de un modo regular y propio para procurarle la propiedad, pero cuyo efecto

no se ha realizado en su persona, á consecuencia de obstáculos particulares para él desconocidos. Inútil en un conflicto con el propietario ó con las personas que al mismo están asimiladas, la acción le presta', frente á todas las demás, el mismo servicio que al propietario y á las personas que se le consideran asimiladas: le devuelve y pone en sus manos la cosa perdida.

Todas estas relaciones se refieren á la propiedad, de la cual los *jure in re* son ramificaciones y la *bonae fidei possessio* un reflejo. En todos se reproduce la idea fundamental de la propiedad: el derecho á la restitución de la cosa encontrada en manos de otro, la vuelta de la posesión al derechohabiente, la invocación del *jus possidendi* contra quienes no lo tienen.

La importancia de la posesión consiste en ser el contenido del *jus possidendi*. La posesión es el contenido ó el objeto de un *derecho*. Si no tuviese otra importancia, ofrecería desde el punto de vista del Derecho escaso interés, porque todas las cosas, por ejemplo, andar á pie ó ir en coche, beber agua, prestar servicios, pueden ser el objeto de un derecho.

En tal concepto, una definición de la posesión no sería para el jurista más necesaria que las de todos esos otros actos; pero desde luego puede asegurarse que la cosa no es tan fácil ni sencilla como parece.

La posesión, en efecto, debe ser considerada desde otros dos puntos de vista. En primer lugar, es la condición del nacimiento de ciertos derechos, y además, concede por sí misma la protección posesoria (*jus possessionis* por oposición al *jus possidendi*); es, por tanto, la base de un derecho.

## II

**La posesión como condición del nacimiento de un derecho.**

La persistencia de la propiedad una vez adquirida no está ligada á la de la posesión. El propietario conserva su propiedad aun después de haber perdido la posesión. Ahora bien; siendo en principio la propiedad independiente de la posesión, no se alcanza por qué, pudiendo continuar sin posesión, no ha de poder igualmente nacer sin posesión, y por qué, por consiguiente, una simple convención sin entrega de la posesión no ha de bastar para transferir la propiedad. Sin embargo, el Derecho romano exige á este efecto el acto de la tradición, y á pesar de sus numerosas derogaciones, esta regla se ha mantenido hasta nuestros días.

La idea que la ha inspirado salta á la vista. Para nacer la propiedad debe manifestarse en toda su realidad; ahora bien; esta realidad es precisamente la posesión, la cual es indispensable para la realización del fin de la propiedad. La propiedad no nace sin posesión más que en la adquisición á título de herencia ó legado. Entre vivos, la posesión es indispensable para llegar á la propiedad.

La adquisición de la propiedad de las cosas sin dueño (*occupatio*) tiene también por condición la apropiación

ción de la posesión, y ocurre lo mismo en la adquisición de la propiedad de los frutos de parte del colono (*fructus perceptio*).

En todos esos casos, la posesión tiene importancia sólo como *un punto de transición momentánea* hacia la propiedad. Si sobreviene su pérdida inmediatamente después, no implica el menor ataque á la propiedad una vez establecida. Lo que hay es que no es sólo la posesión la que engendra aquí la propiedad; es preciso además que concurren las otras condiciones exigidas por el Derecho.

Si la posesión no tiene en estos casos más que el valor de un *punto* de transición momentánea hacia la propiedad, y no se la considera más que como *acto*, hay otro modo de adquisición de la propiedad en el cual toma el aspecto de un *estado* de transición, de una *situación* duradera. Nos referimos á la usucapión. Tampoco aquí basta la simple posesión como tal, es preciso que concurren ciertas condiciones (que en conjunto forman la *conditio usucapiendi*), las mismas á las cuales se refiere la protección jurídica del *bonae fidei possessor* contra los terceros de que hablábamos poco ha. La prescripción revela de nuevo la estrecha correlación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión se ofrece una vez más, en este caso, como la puerta que conduce á la propiedad; sólo que el camino es más largo, por faltar las condiciones que concurren en el otro caso.

En la teoría de la posesión, la doctrina no trata de los casos en que la posesión aparece como condición de la adquisición de la propiedad. Los deja con razón á la teoría de la propiedad. En efecto, la posesión es aquí tan solo una de las múltiples condiciones de las cuales depende el nacimiento del Derecho,

y no deberían ser tratadas en este sitio, más que en el caso en que no hubiera otra ocasión de explicarse acerca del asunto. Esta ocasión la ofrece el Derecho romano, en cuanto en él la posesión ha recibido el aspecto y valor de una institución jurídica independiente.

### III

#### La posesión como fundamento de un derecho.

El poseedor, como tal, está protegido contra todo ataque (perturbación ó despojo) á su relación posesoria. Esto basta para caracterizar el lugar que la posesión ocupa en el Derecho, como institución independiente. La idea fundamental de toda la teoría posesoria es el *jus possessionis*, esto es, el Derecho del poseedor de prevalerse de su relación posesoria hasta que se encuentre con alguno que lo despoje por la prueba de su *jus possidendi*, y sin que el mismo deba probar su propio *jus possidendi*. Se pregunta, con sorpresa, lo que puede haber determinado á los romanos á conceder la protección del Derecho á ese puro hecho que no puede alegar en su favor más que á sí mismo. La cuestión ha dado mucho que hacer á nuestros juristas, y las opiniones andan aquí muy discordes. La respuesta no puede encontrarse más que en la forma que el *derecho romano* ha dado á esta protección de



la posesión. La resumiré á continuación á grandes rasgos.

El conocimiento exacto de la forma particular dada á la protección posesoria en el procedimiento romano, no presenta interés alguno para las gentes extrañas al Derecho. Bastará decir que era una orden (*interdictum*) emanada del pretor á instancia de una parte y dirigida á la otra, orden que no tenía fuerza contra esta última más que cuando concurrían las condiciones á las cuales se hallaba subordinada. En todas las órdenes pretorias de este género, el magistrado que las dictaba no investigaba si esas condiciones concurrían ó no. Era esto objeto de la instrucción ulterior por el juez, y la cual no se verificaba más que en el caso en que no se hubiera dado cumplimiento á la orden. La orden no era, pues, absoluta; se dictaba bajo la reserva de que las condiciones á que se subordinaba debían ser establecidas. Esta forma, empleada por el pretor para un gran número de relaciones, tenía una aplicación muy especial en la posesión. Tales eran las *interdicta possessoria*, que los romanos clasificaban en tres especies. Para decidir al demandado á obedecer inmediatamente sin procedimiento ulterior, se le conminaba con penas severas, dado el caso en que sucumbiera, pudiendo asegurarse que siempre que el derecho del demandante era incontestable, la orden lograba su objeto. De ordinario no se llegaba á un procedimiento ulterior más que cuando la relación posesoria era dudosa; y en este caso, si el demandante sucumbía, la pena recaía sobre él. Podía, pues, costar caro intentar ó sostener á la ligera una instancia posesoria.

Pero, preguntará el hombre extraño al Derecho, ¿cómo podía haber discusión acerca de cuál de los dos

poseía, si la existencia de la posesión se comprueba á primera vista? Aquí se presenta la teoría posesoria particular del Derecho romano, que exige una calificación particular para que la posesión participe de la protección jurídica, y que, en su consecuencia, distingue dos especies de posesión: la posesión *jurídicamente protegida* y la posesión *jurídicamente desprovista de protección*. En nuestro lenguaje actual, la primera se llama *posesión jurídica* —civil— (los romanos la llamaban simplemente *possessio*, ó *possidere ad interdictae*, por oposición al *possidere ad usucapionem*, del *bonae fidei possessor*). La segunda, en nuestro lenguaje actual, recibe el nombre de *posesión natural* ó *detención-tenencia*. Los romanos se sirven en ese caso de varias expresiones que no tienen interés para las gentes extrañas al Derecho, y entre las cuales me limitaré á citar *possessio naturalis* y *detentio*, por estar en ellas el origen de las expresiones modernas. La posesión *viciosa* (*vitiosa possessio*) ocupaba el lugar intermedio entre esas dos posesiones; expresaba la relación del poseedor *injusto* (*possessor injustus*) frente al *justo* (*justus*). El que se encontraba en esa relación con el poseedor anterior, y citaré como ejemplo principal el caso de desposesión violenta, encontraba plena protección contra todas las demás personas, y tomaba, respecto de estas últimas, la posición del *poseedor*; pero frente al poseedor justo, se le negaba la protección jurídica, importando poco que la acción posesoria fuese intentada por él ó por el adversario: no tenía frente de éste posición distinta de la del detentador. El vicio de la posesión (*vitium possessionis*) sólo tenía una importancia relativa. Sin influjo frente todas las demás personas, restringía sus efectos á la relación existente entre el poseedor justo y el injusto. El primero

tenía frente al segundo el derecho de hacerse justicia por sí mismo, al igual que frente al detentador que poseyese en su nombre (véase IV); podía, por su propia autoridad, recobrar la posesión, siempre que no fuese á mano armada (*vis armata* por oposición á la violencia permitida: *vis simplex* ó *quotidiana*). Si tropezaba con una resistencia, reclamaba la autorización de la justicia, la cual le era concedida por una de las tres especies de interdictos posesorios, á saber: por los *interdicta* RETINENDAE *possessionis*, cuya idea fundamental era que el *verdadero* poseedor tiene derecho de hacerse justicia por sí mismo, y que reclamaba la defensa de la autoridad al oponérsele resistencia (*vim fieri veto*). Muy lejos de prohibir el uso de la violencia en materia posesoria, según se ha sostenido, contenían, por el contrario, la autorización oficial de servirse de ella. Se enlazan estrechamente con la antigua idea romana de que el derechohabiente puede hacer valer su derecho por su propia autoridad, y que no debe reclamar el auxilio de la autoridad sino cuando se estrellé contra una resistencia, en cuyo caso el adversario que la opone es castigado con una pena. Nuestro punto de vista moderno de que todo individuo que tiene un derecho contra otro debe, ante todo, seguir las vías del Derecho, era completamente desconocido de los romanos de la época antigua. Abstracción hecha de ciertas relaciones particulares, que, en razón de su carácter dudoso debían ser sometidas á la decisión del juez, y en las cuales la demanda de un juez se indicaba especialmente como particularidad del procedimiento que se debía seguir (*legis actio per iudicis postulationem*), el romano estaba convencido de la legitimidad de la justicia privada. Resulta esto con evidencia incontrastable de que, en las tres formas más importantes de

procedimiento antiguo, el cumplimiento del acto de justicia privada en las formas prescritas por la ley era la condición previa de la introducción de la instancia judicial. Esas formas mismas habían tomado de ahí sus nombres (*legis actio per vindicationem, per manus injectionem, per pignoris capionem.*)

La protección posesoria se relaciona igualmente con esta antigua idea romana. No está prohibido, ni aun al poseedor natural, al detentador, mantenerse en posesión usando de la violencia, salvo una restricción relativa, que más adelante mencionaré, á propósito de la detención, á saber, que no podía obrar de ese modo frente aquel de quien tenía su posesión. No hay en esto sino una consecuencia del principio completamente general de que la violencia puede ser rechazada con la violencia (*vim vi repellere licet*), en su aplicación especial á la relación posesoria. Pero es preciso distinguir con cuidado el empleo de la violencia con el fin de *defender* por sí mismo la posesión para mantener la relación *existente*, del empleo de la violencia con el fin de *hacerse justicia*, así por ejemplo, con el fin de *recuperar* la posesión perdida de hecho. Este último es el privilegio del poseedor *jurídico* (civil). Sólo él puede vencer por la vía del derecho destinada á asegurarle. Si el poseedor natural lo intenta, se verá rechazado. Es preciso que en su lugar obre aquel por quien él posee. Del mismo modo, el *injustus possessor* es rechazado cuando obra contra el *justus possessor*, porque desde el punto de vista de sus relaciones recíprocas, no es al primero, sino al último á quien corresponde el derecho de justicia privada.

## IV

**Relaciones posesorias no protegidas.**

Las cosas sobre las cuales un derecho de propiedad no es posible, no pueden ser objeto de la posesión en el sentido jurídico, siendo preciso aplicar la misma regla á los que no pueden ser propietarios (en Roma, los esclavos y los hijos de familia). *Donde la propiedad no es posible, objetiva ó subjetivamente, la posesión tampoco lo es.* La posesión y la propiedad van de la mano: la falta de aptitud en la persona ó en la cosa, en cuanto á la propiedad, implica la misma falta respecto de la posesión.

A ese motivo de exclusión de la posesión, que no tiene una gran importancia hoy, se añade otro infinitamente más importante, que ha conservado todo su valor. En ciertos casos en que el propietario ha abandonado por contrato la cosa á otro, bajo la reserva de devolvérsela ulteriormente con ó sin condiciones — casos que comprendo bajo el nombre de relaciones de *posesión derivada*, — el Derecho romano concede la posesión á ciertos tenedores temporales (por ejemplo, al enfiteuta ó colono hereditario), y la niega á otros (por ejemplo, al colono, al arrendatario ordinarios). La negativa de la posesión, en esos casos, es cosa que puede producirnos no pequeña sorpresa. Aquel que se ha apoderado de la posesión de una cosa,

verbigracia, el ladrón, el bandido y el que se ha procurado con violencia la posesión de un inmueble, obtienen la protección del derecho; mientras que aquel que la ha obtenido de una manera justa no es protegido: está, en cuanto á la relación posesoria, destituido de todo derecho, no sólo frente á tercero, sino frente á quien con él se ha obligado por contrato á dejarle la cosa durante el término del arriendo ó alquiler. Si se le reclama antes de la expiración del arriendo, debe restituirla; de otro modo se hace reo de una desposesión que habrá de costarle cara. Sin duda puede intentar inmediatamente la acción del *contrato* y reclamar daños, pero debe restituir la cosa hasta sin oponerse: el arrendador tiene contra él el derecho de hacerse justicia, y, en caso necesario, proceder contra él con el posesorio. Los juristas romanos dan como explicación de esto, que el colono posee por el arrendador, en su nombre (*alieno nomine possidere*), que no tiene posesión propia, sino meramente el ejercicio de la posesión de otro. Esta consideración se impone, desde el punto de vista que se llama la construcción jurídica, pero no explica de ninguna manera el aspecto real de las cosas. Para llegar á ese resultado, la teoría romanista ha seguido el camino de las deducciones lógicas. Para la posesión, dice, es preciso en la persona del poseedor la misma voluntad que en la del propietario (*animus domini*). Esta voluntad existe en el propietario real y también en el putativo y en el supuesto, es decir, en aquel que, despreciando la propiedad, se ha apoderado de la cosa de otro, tal como el ladrón, el bandido, y, en punto á inmuebles, el *dejiciens*. En cambio no existe en aquel cuya posesión se deriva del propietario, y que por lo mismo reconoce la propiedad de otro. Con respecto á la posesión, desempeña simple-

mente el papel de un representante que quiere tener la cosa, no para sí, sino para el propietario. Fácilmente se vé de qué manera se violenta aquí la noción de la representación, porque, en realidad, el colono no tiene intención de detener la cosa para el arrendador, sino para sí. La idea de la representación en materia posesoria no es exacta más que cuando se ha recibido la cosa exclusivamente en interés de aquel que la ha dado, por ejemplo, para guardarla (*depositum*), para entregarla á otro (mandato), en las relaciones entre amo y criado; en fin, según el nombre que yo creo debe dársele, en la posesión *por procurador*. El que se niegue en esos casos á aquel que tiene la cosa toda protección posesoria contra el dueño de la posesión, es un resultado invencible de la dependencia necesaria del representante respecto de su amo ó dueño: el sistema contrario le concedería una independencia que no se concilia fácilmente con el fin de la relación. Pero en los casos en que la cosa es dada á aquel que la tiene, por sí mismo—y que yo comprendo bajo el nombre de posesión *interesada*,—la idea de una representación es inexacta. Debemos referirnos aquí á una disposición del Derecho romano que no puede deducirse por vía de consecuencia jurídica, y que más bien se debe procurar justificar por motivos prácticos. Añádase á esto que en una porción de casos de posesión interesada, el Derecho romano concede la posesión en lugar de la detención que resultaría de la teoría del *animus domini*, y se tendrá de ese modo la prueba de que no se ha tomado el punto de vista que le atribuye la teoría.

En realidad, las consideraciones de carácter práctico son las que aquí han influido para hacer inclinarse la balanza. Las ha expuesto de una manera más detenida en un libro sobre la *Voluntad en la pose-*

sión (*Besitzwillen*, Jena, 1889. Ns. XVI-XVII). En las relaciones entre arrendadores y arrendatarios ó colonos, la falta de protección posesoria del tenedor debía conservar en el propietario la posibilidad de lanzarle en todo tiempo, y esto en atención á un interés doble; primeramente para poder aprovechar cualquier venta que durante el arriendo se presentara, y además para poder librarse en todo momento de un colono incapaz ó de un inquilino pendenciero ó desagradable.

La falta de protección posesoria no priva, sin embargo, de todo derecho al simple tenedor. Fuera del derecho de mantenerse por sí en posesión, que no se le niega, ni aun á él, el Derecho romano le concede, en atención á los atentados contra su posesión (perturbación ó despojo) varias acciones; sólo que no se trata de acciones posesorias propiamente dichas. De donde se sigue que éstas tienen una naturaleza particular que explicaremos.

## V

### **El motivo legislativo de la protección posesoria.**

Si es extraño que el Derecho romano niegue la protección posesoria al colono ó al inquilino, no lo es menos que se la reconozca al poseedor injusto. ¿Por qué? Savigny, cuya opinión puede considerarse hoy como dominante, responde: en interés del sostenimiento de la paz y del orden público. Esta consideración de *po-*



*licia*, llamémosla así, parece ser de una notoria evidencia, pero no se armoniza con el aspecto que revisite la protección posesoria en el Derecho romano. Según esta consideración, el poseedor natural y las personas incapaces de poseer deberían tener igualmente un derecho á ser protegidos, porque es perfectamente indiferente que sea en su persona ó en la del poseedor jurídico en donde se procura la defensa de la paz y del orden público. Hase dicho también: la posesión se protege en vista de la personalidad, ó bien; en atención á la voluntad de la persona. Atentar ó herir una relación posesoria en la cual se ha relizado, y en cierto modo incorporado la personalidad (ó la voluntad), es atentar ó herir á esta personalidad misma. Dirigir un atentado contra la relación posesoria, es lesionar la personalidad. Lo mismo puede responderse á esta consideración. Puede estimársela como perfectamente exacta desde el punto de vista de la filosofía del Derecho ó de la legislación, pero no se armoniza con el Derecho romano. Según ella, los tenedores y los hijos de familia deberían por igual poder reclamar la protección posesoria, porque al fin son tan personas y tan capaces de voluntad como el poseedor jurídico.

Sólo de una manera puede explicarse satisfactoriamente el aspecto de la protección posesoria en el Derecho romano, y es diciendo que ha sido instituida á fin de *aliviar y facilitar* la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la *propiedad*, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la *posesión*, frente á aquel que se la ha arrebatado inmediatamente.

¿Puede, según esto, la posesión representar la propiedad? Sí, porque es la propiedad en su estado normal

—la posesión es la *exterioridad*, la *visibilidad* de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular, el poseedor es al mismo tiempo el propietario; los casos en que no lo es constituyen una ínfima minoría. Podemos, pues, designar al poseedor como el *propietario presunto* y se comprende muy bien de un lado que el Derecho romano haya declarado esta presunción de propiedad—esta *a prima facie* como dice el Derecho inglés—suficiente contra el demandado allí donde sólo se trata de rechazar los ataques á la propiedad, y de otro que cuando la cosa se encuentra en manos de un tercero y el demandado tiene á su favor la presunción de la propiedad, haya exigido que tal presunción no pueda destruirse más que por la propiedad. La acción posesoria nos muestra la propiedad *á la defensiva*, y la reivindicación *á la ofensiva*. Exigir de la defensiva la prueba de la propiedad, sería proclamar que todo individuo que no está en estado de procurar la prueba de su propiedad—lo cual es imposible en muchos casos, quizá en la mayoría, cuando se trata de muebles—se halla fuera de la ley; cualquiera puede arrebatárle su propiedad.

La protección posesoria aparece así como un *complemento indispensable* de la propiedad. El derecho de propiedad sin la acción posesoria sería la cosa más imperfecta del mundo, mientras que la falta de la reivindicación apenas le afectaría, á no considerar la cuestión más que en su aspecto práctico. Nuestro Derecho actual la ha puesto fuera de uso en un gran número de casos. La organización de la propiedad, de hecho, no descansa tanto en el derecho de la propiedad y en la acción reivindicatoria, como en la segu-

ridad de la posesión, la cual, en verdad, descansa á su vez menos en la acción posesoria de derecho privado que en la pena de derecho criminal. El punto de vista que acabamos de exponer, figurándonos la protección posesoria como una facilidad para proteger la propiedad, expresa perfectamente la idea romana relativa á la significación de la posesión. Resulta esto de la proposición antes anunciada; allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, proposición que de otro modo no tendría sentido. No se explica más que por el hecho de que la posesión se considera como la exterioridad de la propiedad que el derecho debe proteger. Donde no se puede concebir jurídicamente la propiedad, no puede haber cuestión acerca de la presunción de propiedad que constituye la base de la protección posesoria. No creo necesario reproducir aquí las demás razones que para fundar esta opinión he expuesto un gran detenimiento en otra obra (*Grund des Besitzchutzes*, Jena, 1869, (1)).

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo á una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad. Para evitar tal consecuencia, sería preciso abrir la puerta á la cuestión de derecho, debiendo ocurrir esto en el procedimiento posesorio. El carácter esencial de éste es que la cuestión de derecho quede anulada

---

(1) En español *Teoría de la posesión. Del fundamento de la protección posesoria*, traducción con Prólogo y notas de A. Posada, 1892.—(N. DEL T.)

para las partes. Ninguna de ellas tiene necesidad, para obtener la facilidad de la prueba establecida en atención al propietario, de alegar ó de probar su derecho; aún más, no se le oye, si lo alegase. Así el demandado no puede objetar al demandante que es propietario ó que tiene un derecho de obligación sobre la cosa (*excepciones petitorias*), y el demandante no puede suplir las lagunas de la prueba de su posesión por la alegación de su derecho de propiedad. En ese sentido, pero sólo en ese sentido, es en el que los juristas romanos dicen: la propiedad y la posesión no tienen nada de común y no pueden ser confundidas.

Sobre la aplicación rigurosa de esta regla descansa la diferencia del posesorio y del petitorio (*interdicta possessoria* y *petitorium iudicium*). En aquél se trata sólo de la cuestión de la *posesión*; en éste se trata exclusivamente de la cuestión de *derecho*, por lo que se comprende, hablando el lenguaje de la práctica, que la decisión del posesorio no *prejuzga* la del petitorio; es decir, que la parte que ha sido vencida en el primero puede aún triunfar en el segundo, y viceversa. De este modo es posible que el no propietario triunfe en el posesorio contra el propietario. La institución hecha *para* éste se revuelve en *su* contra. Pero no sucumbe, porque la reivindicación le proporciona el modo de dar fin en cualquier momento á la posesión provisionalmente protegida de su adversario. Esos efectos que exceden del fin legal de las instituciones jurídicas, son, hay que reconocerlo, incorrecciones que el legislador debe aceptar sin remedio; es como la lluvia, que riega lo mismo á los que la necesitan que á los que no la necesitan. Semejantes incorrecciones se reproducen en más de una institución, sobre todo en aquellas que tienen por objeto facilitar

la prueba. A modo de ejemplo citaré los títulos al portador y los certificados. Introducidos á favor del interesado, para facilitarle la prueba de su derecho, aprovechan también á quien se ha procurado los títulos de una manera injusta. Cuando se trata de semejante falsedad en las pruebas, hay que elegir entre dejar que el que no tiene derecho se escurra al lado del derechohabiente, ó para excluir á aquél negar á éste la inapreciable ventaja que supone el empleo de una prueba fácil. Los casos de la primera categoría, son tan escasos en número, comparados con los de la segunda, que no deben tenerse en cuenta. La concesión, pues, de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una *consecuencia* no querida, pero inevitable.

La teoría reinante sobre la posesión trastorna por completo la relación. Hace del reverso el anverso, y del anverso el reverso. Según ella, la protección posesoria no ha sido introducida para el propietario, sino para el poseedor como tal. Lo cual implicaba la necesidad de justificarla desde ese punto de vista. Ahora bien; acabamos de ver cuán poco concuerdan las consideraciones que al efecto se hacen (orden público, personalidad, voluntad) con el aspecto que el Derecho romano ha dado á la protección posesoria, único punto que por el momento importa. La protección posesoria del Derecho romano no puede ser comprendida más que desde el punto de vista de la propiedad, y poniéndola en relación con la seguridad necesaria de la propiedad. La especiosa objeción que se ha formulado teniendo en cuenta que los juristas previenen contra toda confusión entre la posesión y la propiedad, se destruye con advertir que no se refieren más

que á la separación práctica en la *aplicación judicial*, que yo mismo acabo de justificar, de ningún modo á la correlación de las dos instituciones, en que ni siquiera se ocupan. He ahí una cuestión abierta para la ciencia: el desenvolvimiento histórico de la protección posesoria, así como la organización dogmática de la teoría posesoria por parte de los juristas romanos, bastan para demostrar con toda la claridad y certeza deseables, la existencia de esta relación legislativa entre la propiedad y la posesión.

Nuestro examen de la protección posesoria ha establecido, pues, la misma relación íntima de la posesión con la propiedad que hemos encontrado desde el principio, y que al fin se ha de encontrar al axaminar ulteriormente la cuestión de la existencia concreta de la posesión.

Resumiendo lo expuesto, las proposiciones sentadas hasta este momento son las siguientes:

- 1) La posesión constituye la condición *de hecho* de la utilización económica de la propiedad.
- 2) Así, el derecho de poseer es un *elemento indispensable* de la propiedad.
- 3) La posesión es la puerta que conduce á la propiedad.
- 4) La protección posesoria se presenta como una *posición defensiva* del propietario, desde la cual puede rechazar más fácilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica.
- 5) Por consiguiente, se niega dondequiera que la propiedad es jurídicamente excluida.

En todas partes, pues, se reproduce la relación de la posesión con la propiedad.

## VI

**La posesión es un derecho.**

La cuestión de saber si la posesión es un derecho ó un hecho, es objeto de una controversia no resuelta hasta el día en la ciencia jurídica. La opinión dominante sostiene que es un hecho, y es preciso reconocer que aparentemente toda la razón está de su parte. La posesión nace puramente de hecho, sin presuponer un derecho. ¿Cómo, pues, ha de ser un derecho? El poseedor que no tiene otra cualidad sucumbe en la lucha contra el propietario reivindicante; prueba que la posesión no es más que un puro hecho que desaparece ante el derecho. En realidad, sin embargo, eso no demuestra que la posesión no sea un derecho, sino que constituye un derecho de una especie particular, diferente por su naturaleza de todos los demás. Para aplicar á una relación jurídica una distinción teórica de carácter general, es necesario, ante todo, determinarla con precisión. Ahora bien; es lo que no se ha hecho, en punto á la distinción del hecho y del derecho por casi todos aquellos que de la cuestión han tratado. Un jurista ya muerto, Büchel, ha escrito una vasta monografía á este propósito, en la cual no ha dicho ni una palabra acerca de esta cuestión previa tan decisiva. Y en realidad, ¿para qué? Esta distinción fundamental debe ser clara para todo juriscón-

sulto. Debería serlo ciertamente; pero se ha visto poco ha que no lo es. La doctrina antigua no ha hecho la más leve tentativa para fijar científicamente la noción del derecho en un sentido subjetivo. Lo que se encuentra en los tratados antiguos no es más que una paráfrasis de la expresión: derecho al término medio de equivalentes—de que he hablado en mi *Espíritu del Derecho romano*, tomo IV.—La doctrina nueva se ha referido á la primera, en la solución de esta cuestión por tanto tiempo abandonada; mas, por una fatalidad que persigue á la posesión, tal doctrina, que, según su definición del derecho hubiera debido reconocerle la naturaleza de tal, se la ha negado.

Para juzgar si la posesión es un derecho ó un hecho, me fundo en la definición del derecho que he expuesto en otro lugar con gran detenimiento. (Obra citada, LV, § 70 y 71.) Los derechos son los intereses jurídicamente protegidos. Ha sido objeto de contradicción. Si la reproduzco aquí, no sólo es para poner al público al cual esta obra se dirige, en situación de formarse una idea de la naturaleza jurídica de la *posesión*, sino porque creo que precisamente mi noción del derecho puede revestir un valor especial para el economista.

Las objeciones que se han producido contra mi definición no son fundadas. No es verdad que para definir el derecho me sirvo de la noción misma que trato de definir. Sin duda la palabra *derecho* se representa en la expresión «jurídicamente protegidos»; pero es con una significación muy distinta. En el primer respecto significa el derecho en el sentido *subjetivo*, y en el segundo en el sentido *objetivo*; estas dos nociones que son fundamentalmente diferentes. Que se ponga en lugar de *jurídicamente* protegidos, *legalmente* prote-



gidos, y todo quedará bien. Si me he valido de la primera expresión, es porque la ley no es la única fuente del derecho en el sentido objetivo; es necesario acudir al derecho consuetudinario, que no puede ser comprendido en la expresión «LEGALMENTE protegidos».

Se ha creído poder criticar el elemento del *interés* (que yo opongo como elemento *sustancial* al elemento *formal* de la protección del derecho), diciendo que, según las circunstancias, un derecho puede no tener el menor interés para el derechohabiente, y, sin embargo, estar protegido como tal. Así se razona, por ejemplo, en la crítica hecha recientemente por Kuntze *Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf v. Ihering*. Leipzig, 1890, páginas 77 y siguientes. Esta crítica se funda en una confusión entre el interés *concreto* y el *abstracto*, confusión que no se me podrá atribuir, porque he indicado suficientemente la diferencia. (L. c., páginas 343 y 345: importancia del interés en *Tesis* y en *Hipótesis*.) Es necesario haber leído muy por encima mi libro para atribuirme una opinión contra la cual me mostraba yo mismo tan prevenido. En mi definición me refería al interés *abstracto*, que es decisivo para el legislador en el establecimiento de todos los tipos jurídicos sin excepción. He dicho expresamente que la medida de este interés varía según el horizonte de los intereses del pueblo y de la época; que el juicio sobre la cuestión de saber si ciertos intereses son dignos de protección y la necesitan, se modifica con la evolución de las apreciaciones del pueblo. Ciertos intereses á los cuales, en una fase inferior de la civilización, se les niega la protección del derecho, han sido admitidos por ella con el progreso de la civilización; otros la han perdido.

La cuestión de saber si en un caso particular existe

el interés que el legislador juzga digno de ser protegido y que, según él, necesita serlo (*interés concreto*), no tiene importancia alguna en tesis general; la prueba de los hechos á los cuales la ley refiere el *nacimiento* del derecho, basta, sin que el demandante deba consignar el interés que tiene en hacer valer su derecho, ni que el demandado sea admitido á prevalerse de la falta de este interés. Un ciego puede prevalerse de una servidumbre de vistas; el hombre desprovisto de todo sentimiento del honor puede intentar una acción de injurias; el comodante puede pedir la restitución del libro prestado por un cierto tiempo, aun cuando el comodatario tenga mayor interés en conservarlo durante un tiempo más largo, y aquél no tenga acaso interés alguno en verlo. La decisión célebre de Ciro, que, á despecho de los derechos de propiedad, zanjaba la cuestión de los dos mantos adjudicando el mayor al más alto y el menor al más pequeño, está en contradicción flagrante con los principios superiores más incontrastables del derecho. *El derecho es en concreto absolutamente independiente de la cuestión de interés.* No es de otro modo más que en ciertos casos: en las obligaciones interesadas, como yo las llamo; por ejemplo, el mandato. En esos casos es preciso la prueba de un interés *concreto* para dar al juez una medida de evaluación, y aun en ciertas demandas obligatorias de otra especie, este interés puede añadirse accesoriamente y llegar á ser así el objeto de la prueba. Además, en algunos casos nominativamente citados por la ley, la falta de interés se opone al ejercicio de ciertas facultades. La noción de la *argucia* y de la *sutileza legal* tiene ahí su fundamento; es el ejercicio *sin interés* y con el único fin de perjudicar á otro, de facultades que, consi-

deradas en sí mismas, son jurídicamente fundadas. Sólo está prohibida donde la ley la prohíbe expresamente, y, por paradójico que parezca, en eso es en lo que consiste la seguridad del orden jurídico. Estaría éste sacrificado si, en principio, la persecución de los derechos, en justicia, dependiese de la prueba del interés en la persona del demandado, ó bien se permitiese sólo al contrario oponer y probar la falta de interés.

Si se parte de esta definición: los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de *derecho* á la posesión. Hemos expuesto más arriba el interés que implica la posesión: constituye la condición de la utilización económica de la cosa. Que esta utilización resulta así posible para el derechohabiente, como para el que no tiene derecho, no nos importa; en todo caso, la posesión presenta interés como pura relación de hecho: es la llave que abre el tesoro, y es tan preciosa para el ladrón como para el propietario. A este elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica, y de este modo concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho. Si la posesión como tal no estuviese *protegida*, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento en que es protegida, reviste el carácter de *relación jurídica*, lo que vale tanto como *derecho*.

Windscheid ha querido eludir la necesidad de esta conclusión, diciendo: la posesión engendra muchas «consecuencias jurídicas», pero eso no constituye un derecho; si no sería preciso calificar también como derechos las convenciones y los testamentos (*Pandectas*, I,

§ 150). Confunde en este caso el *hecho generador* del derecho con su *efecto*. Un hecho no es un derecho; la adquisición de la posesión vale en este respecto tanto como la conclusión de un contrato ó la confección de un testamento. Pero cuando, como en los tres casos citados, la ley concede á un hecho consecuencias jurídicas favorables para una persona determinada, que coloca en situación de asegurárselas por medio de una acción, provoca la producción precisamente del conjunto de las condiciones legales que llamamos *derecho*. Al *hecho* de la conclusión del contrato la ley liga la *consecuencia jurídica* de que el acreedor puede reclamar del deudor la ejecución del contrato; al hecho de la confección del testamento liga la consecuencia jurídica de que el heredero instituido puede reclamar de los terceros la restitución de los bienes de la sucesión, y de los deudores de ésta el pago de sus deudas; al hecho del nacimiento de la posesión liga la consecuencia jurídica de que el poseedor puede exigir de los terceros el respeto de su situación posesoria. En los dos primeros casos denominamos la consecuencia jurídica, derecho del acreedor ó de sucesión. ¿Qué motivo hay para negarle el nombre de *derecho* en el tercero? Si se niega el derecho de posesión sólo porque resulta como consecuencia de un hecho, es preciso también negar el derecho del acreedor y el de sucesión, porque la relación entre el hecho generador del derecho y la consecuencia jurídica es exactamente la misma, y, en efecto, no hay un solo derecho que no presuponga un *hecho* generador de derechos. Todos los derechos sin excepción aparecen como consecuencias jurídicas, es decir, como consecuencias jurídicamente protegidas en favor de aquellos á quienes deben aprovechar. No tengo inconveniente en conceder á

quien destruya esta definición, el derecho de decir que la posesión no es un derecho: si se renuncia á eso, se admite la naturaleza jurídica de la posesión.

Sin duda un hecho puede también engendrar consecuencias jurídicas que no constituyan derechos; tales son los hechos de *extinción* (por ejemplo, la *derelictio*, la entrega, el pago), y los hechos *modificativos* de derecho (por ejemplo, la *mora*, la *culpa*, el *dolo* en las relaciones *contractuales*). Pero dondequiera que los hechos engendran consecuencias que la ley garantiza al interesado por medio de una *acción* especial, destinada exclusivamente á este fin, tales hechos los clasificamos (como generadores de derecho) bajo el nombre de derechos.

En la mayoría de los derechos, la confusión del hecho generador con el derecho mismo está excluida por la diversidad misma de los nombres que el lenguaje les da; por ejemplo, el contrato y el crédito, el testamento y el derecho de suceder. Pero en el lenguaje de los romanos había también expresiones que tenían los dos significados; por ejemplo, *nexum*, *obligatio*, y tal es precisamente el caso de la posesión. Del mismo modo que al *nexum* y á la *obligatio*, como acto (hecho generador de derecho), se ligaba y refería el derecho del acreedor (consecuencia jurídica), designado bajo el mismo nombre, así á la posesión como *estado de hecho* se liga y refiere la posesión como *derecho*.

Los juristas romanos tuvieron plena conciencia de ese doble aspecto de la posesión. En el primer sentido, distinguen la posesión como *causa facti*, ó por medio de expresiones análogas, por ejemplo, *corporis, facti est*; en el segundo la designan como *jus possessionis*, *jura possessionis*, siendo por tanto difícil de compren-

der cómo se han podido emplear expresiones de la primera categoría, para sostener que la posesión, en sentir de los juristas romanos, no es un derecho. El aserto está desmentido por el reconocimiento formal de la posesión como derecho, y hay tan poca contradicción entre esas dos expresiones, que, muy al contrario, ponen de manifiesto el reconocimiento exacto, por parte de los juristas romanos, de la naturaleza jurídica de la posesión. En la posesión, la relación entre el hecho generador y el derecho es tan particular, que fuera de un solo caso, que mencionaremos inmediatamente, no se la encuentra en ninguna otra parte.

En todos los demás derechos, y pueden citarse por vía de ejemplo como principales la propiedad y la obligación, el derecho se separa desde el momento en que ha nacido del hecho que lo ha engendrado, por ejemplo de la tradición, de la ocupación, del contrato, del delito: el hecho corresponde inmediatamente después al pasado, sólo persisten sus consecuencias. En la posesión, por el contrario, el mantenimiento de la relación de hecho es la condición del derecho á la protección: el poseedor no tiene un *derecho* sino *en cuanto, ó mientras posee*. En otros términos; en todos los demás derechos el hecho es la condición *transitoria* del derecho; en la posesión es la condición *permanente*. De ahí nace la diferencia de la prueba. En los primeros mira al *pasado*; en éste al *presente*: en aquéllos no prueba más que el *nacimiento* del derecho, al cual se refiere como consecuencia necesaria su *existencia*; en este es preciso probar la *existencia* del derecho, y por eso no basta probar que la posesión ha nacido en tal ó cual momento, porque no se estaría por ello autorizado para concluir que *existe* actualmente, sino que es preciso probar que la posesión

existía en el momento mismo en que el atentado se ha cometido.

De este modo es cómo en la posesión, el hecho y el derecho se completan: el derecho nace con el hecho y con él desaparece; no existe más que en tanto en cuanto el hecho existe. Ocurre lo mismo con el derecho de la personalidad, el cual ha compartido la suerte del de posesión, por lo que ciertos juristas han querido, tan equivocadamente como para la posesión, negarle el carácter de un derecho. Así como la posesión se encuentra unida á la existencia del estado de hecho destinado á protegerla, así el derecho de personalidad está ligado á la existencia de la persona; nace y muere con ella: en este caso el hecho y el derecho concuerdan también completamente.

No se hubiera llegado á desconocer la naturaleza jurídica de la posesión si no se hubieran encontrado inconciliables con ella los dos hechos jurídicos que siguen. El primero es que aun el poseedor injusto es protegido. ¿Cómo puede la injusticia engendrar el derecho? ¡Qué contradicción más grande! ¡El despojo violento está prohibido, y sin embargo, tiene por consecuencia un derecho! Pues el mismo fenómeno se presenta en materia de propiedad. El especificador, es decir, aquel que de una materia existente hace una cosa nueva, por ejemplo, el zapatero que emplea el cuero para hacer unas botas, el sastre que emplea paño para hacer un vestido, se hace el propietario de esta cosa, aun cuando la materia no le pertenezca. Igualmente, según la teoría romana sobre el derecho de caza, el que cazaba en terreno de otro contra la voluntad del propietario se hacía dueño de lo que hubiere cazado. Aquí también el *hecho* simple engendra el *derecho*. La ley no ha querido en modo alguno dar

la aprobación á ese hecho y dejar el campo libre al no propietario para hacer toda clase de especificaciones y al cazador para cazar en terreno ajeno: sus disposiciones responden á la idea de que los terceros no tuvieran que sufrir por la injusticia del acto: las consecuencias perjudiciales alcanzan exclusivamente á las personas culpables, lo cual se obtiene por medio de una acción personal dirigida contra ellos. La propiedad les es reconocida, no *por ellos mismos*, sino en interés de la seguridad de las transacciones sobre la *propiedad*. He ahí una de las ideas más fecundas del Derecho romano, que además se reproduce en una porción de relaciones, en que la adquisición de la propiedad en la persona del *adquirente* puede ser atacada, sin que el vicio que entraña su adquisición alcance á la *propiedad*. Esta pasa pura é intacta de manos del adquirente actual á la corriente de las relaciones: el principio enfermizo que la atacaba en su poder, queda en él y toma la forma de una acción personal. Quien no se dé cuenta de esta idea del Derecho romano, no podrá comprender el aspecto de la propiedad romana, ni la protección posesoria: se sorprenderá lo mismo al ver que la propiedad se conceda al propietario injusto (expuesto á la acción de rescisión) que al ver la protección posesoria concedida al poseedor injusto. Mas debe tenerse presente que la propiedad se concede á aquel, no en atención al mismo, sino en atención á *los terceros* que han adquirido la cosa de él, y también que la protección posesoria se concede al poseedor injusto, no por él, sino en atención al *propietario*. El fin perseguido por la ley no hubiera podido ser alcanzado si se le hubiera negado la propiedad al adquirente injusto, y la protección posesoria al poseedor injusto.

La comparación con la propiedad nos proporciona



también un arma para rechazar la segunda objeción hecha contra la naturaleza jurídica de la posesión. La posesión, se dice, sucumbe en la lucha contra la propiedad, es decir, en la reivindicación; no puede, pues, constituir un derecho. Si la conclusión fuese justa, la propiedad no sería un derecho tampoco, porque en ese caso mismo sucumbe á su vez bajo la acción personal de rescisión, y hasta hay otro caso en que la propiedad, *como tal*, puede extinguirse directamente por la declaración de otra persona, á saber: por una reserva condicional de revocación (condición resolutoria) adicionada á la transmisión. La noción de derecho no sufre nada por la circunstancia de que otra persona pueda en cualquier momento ocasionar la resolución del mismo.

El acreedor hipotecario puede siempre poner término á la propiedad del deudor por la venta de la cosa, y el deudor puede dar fin en todo momento al derecho del acreedor pagando la deuda. Lo mismo ocurre con la posesión en su relación con la propiedad. Mientras la persona que tiene el derecho de revocación no hace uso de él, el propietario, el acreedor hipotecario, el poseedor, deben ser considerados como en su pleno derecho. La circunstancia de que la posesión, como tal, no da el derecho, sino tan sólo la *posibilidad de hecho* de usar de la cosa, no implica el desconocimiento de su naturaleza jurídica. De lo expuesto resulta tan solo que es un derecho muy poco extenso; pero los intereses más ínfimos pueden revestir el aspecto de derechos desde el momento en que no son de la categoría de aquellos á los cuales la ley niega la protección jurídica. Ahora bien; la cuestión del interés jurídico de la posesión ha sido elevada por la ley hasta colocarla fuera de toda discusión, por el

hecho sólo de haberle concedido la protección jurídica. De este modo la posesión ha sido reconocida como un interés que reclama protección y digno de obtenerla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de *derecho*, considerando como *institución jurídica* el conjunto de los principios que á él se refieren. La posesión, como relación de la persona con la cosa, es un *derecho*; como parte del sistema jurídico, es una *institución de derecho*.

## VII

### Lugar de la posesión en el sistema jurídico.

Después de lo dicho, ese lugar se presume. La posesión aparece como una relación *inmediata* de la persona con la cosa; pertenece, pues, al derecho de las cosas. No existe acuerdo para determinar si ha de clasificarse antes ó después de la propiedad. Dado su fin legislativo, según lo dejo expuesto, y no viendo en ello más que un complemento de la protección de la propiedad, debe considerarse después de la propiedad, porque es preciso exponer la insuficiencia de la propiedad para hacer comprender la necesidad de la protección posesoria. La propiedad es el eje de todo el derecho de las cosas. Relaciono con ella, en primer término, dos instituciones que designo como *instituciones paralelas*, porque, como la propiedad, abrazan

extensivamente la cosa *entera*, pero con una energía intensiva menor; puede denominárselas, en rigor, como *instituciones de socorro* de la propiedad, habida cuenta la importante facilitación de la prueba que procuran al propietario. Son éstas la protección posesoria y la propiedad putativa (*bonae fidei possessio*). Con éstas se relacionan luego los derechos llamados *reales* sobre la cosa de otro, es decir, los derechos revestidos de la protección absoluta (*jura in re aliena*), que abrazan la cosa, no *por entero*, sino sólo en ciertas direcciones, y que por esto denomino *desmembraciones* de la propiedad.

## VIII

### **Nacimiento y extinción de la posesión (existencia concreta), condición de la voluntad.**

La simple proximidad local (en el espacio) de la persona respecto de la cosa no crea ya la posesión; es preciso para esto *la voluntad (animus)* que establece un lazo entre ellas. La adquisición de la posesión, según la teoría de los juristas romanos, no puede ser procurada sino mediante un acto especial de la voluntad de la persona, *dirigida hacia ese fin (acto de aprehensión)*; solamente para las personas incapaces de voluntad (menores, locos) basta el acto del tutor. El Derecho romano no conocía la adquisición de la posesión *ipso jure*, ni aun en el caso de sucesión. El

heredero debe empezar por adquirir la posesión, mientras adquiere la propiedad por la sola adición de la herencia.

Según la teoría reinante, esta voluntad debe tender á poseer la cosa *como ó á la manera* de una cosa propia (*animus domini*). A la falta de semejante voluntad es á la que en ciertos casos, según parece, se debe conceptuar como posesión, no en el sentido jurídico, sino en el natural (detención, mera tenencia). Esta doctrina es falsa: la verdadera explicación de la diferencia está, no en la naturaleza particular de la voluntad de poseer, la cual no tiende nunca más que á la aprehensión de la cosa, sino en la disposición legal, que, según la diversidad de la relación (*causa possessionis*), hace nacer, ya la posesión, ya la detención ó tenencia. La simple *declaración* de la voluntad no es suficiente, según el Derecho romano, para hacer adquirir la posesión: es preciso la *manifestación real* de la voluntad: *adipiscimur possessionem*, dice un jurista romano, *CORPORE ET ANIMO*, *neque per se animo* (simple declaración de la voluntad), *neque per se corpore* (mera proximidad en el espacio). Así los juristas romanos no admiten que tengamos la posesión de las cosas caídas en nuestro fundo, ó que en él se han depositado, ni de las que se han dejado olvidadas en nuestra casa, etc., etc. El poseedor anterior que viene á recogerlas no comete, pues, un despojo respecto de nosotros.

Pero la voluntad puede preceder á la apropiación corporal; por ejemplo, en la adquisición de la posesión de la caza ó de la pesca que cae en nuestras trampas ó lazos, anzuelos ó redes, así como en las cosas que pedimos y que durante nuestra ausencia han sido depositadas en nuestra casa ó dejadas en nuestro fundo; en estos casos hay, según la terminología moderna, adqui-

sición de la posesión por *custodia*. Lo propio ocurre en la adquisición de la posesión por representante. En todos esos casos no es preciso el acto de aprehensión por el poseedor mismo; porque la relación de hecho existe y la voluntad del poseedor se ha manifestado de antemano.

## IX

### La apropiación corporal de la cosa.

Se designa hoy con el nombre de *corpus*, la relación exterior de la persona con la cosa establecida por la aprehensión. Los juristas romanos, por el contrario, no se servían de esta expresión más que para designar la manifestación de la voluntad en el acto de aprehensión. El *corpus*, según la teoría dominante, es el poder *físico*, ó la supremacía *de hecho* sobre la cosa. Tal es la noción fundamental según la teoría actual. Es absolutamente errónea, según puede verse en mi obra ya citada sobre el *Fundamento de la protección posesoria*. Si los romanos se hubieran dejado guiar por ella, hubieran debido admitir la posesión de los hijos de familia; porque precisamente respecto de ellos se ha inventado la expresión técnica para designar el poder, *potestas*, y hubieran debido reconocer en el bandido la posesión sobre el hombre libre que ha hecho prisionero con el fin de obtener un rescate, porque éste se encuentra incontestablemente en su poder.

Pero nada de eso han hecho, y bien sabían por qué: no se puede ser propietario de hijos ni de personas libres, y donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es. ¿Por qué? Porque la posesión no es el poder físico, sino la exterioridad de la propiedad.

Este punto de vista decisivo para los casos donde es preciso rechazar la posesión, no lo es menos para aquellos en que es preciso admitirla.

Que se pregunte cómo el propietario suele obrar con sus cosas, y se sabrá cuándo es preciso admitir la posesión y cuándo se debe rechazar. La aptitud del propietario varía según la diversidad de las cosas. Por razones que no hay para qué exponer, tiene en su casa, y las conserva en ella, la mayoría de las cosas muebles: son estas las cosas que se pueden ocultar. Pero ciertas cosas no pueden guardarse de ese modo; su destino económico exige que estén al descubierto: las hierbas, el heno, la paja en el campo, la madera cortada en el bosque, la turba, el carbón al lado de la mina, las piedras en la cantera, los materiales de construcción al pie de la obra. A esta categoría pertenecen también los animales domésticos que van y vienen en libertad, el ganado en los pastos, y entre los romanos los esclavos. En todos esos casos, no hay poder físico sobre la cosa: la seguridad del poseedor no se funda en que se halle en situación «de excluir la acción de las personas extrañas» (Savigny), sino en que la ley prohíbe esta acción: descansa, no sobre un obstáculo *físico*, sino *jurídico*.

Esta diferencia se reproduce también en las cosas *inmuebles*. Las unas se hallan defendidas por obstáculos mecánicos (muros, verjas, empalizadas, etc.), como las casas, jardines, solares para edificar, etc. Las otras están *abiertas y libres*, accesibles á la acción

de los terceros lo mismo que á la del poseedor. Sostener que existe un poder físico sobre las cosas en el poseedor, es decir una enormidad tan diametralmente contraria á la idea que según el lenguaje se tiene de la expresión poder, que me parece excusado refutarla.

¿Por qué la posesión se protege por el derecho? No es ciertamente para dar al poseedor la alta satisfacción de tener el poder físico sobre una cosa, sino para hacer posible el *uso económico* de la misma en relación con sus necesidades. A partir de aquí, todo resulta claro. No se recogen en su casa los materiales de construcción, etc., etc., no se depositan en pleno campo el dinero, los muebles, las cosas preciosas y demás. Cada cual sabe lo que debe hacer de esas cosas, según su diversidad, y *este aspecto normal de la relación del propietario con la cosa constituye la posesión.*

Tal es la noción que ha guiado á los romanos, aunque no lo hayan expresado en ninguna parte, ni en sus reglas sobre la adquisición y sobre la extinción de la posesión, ni en sus decisiones jurídicas. Para los que son extraños al Derecho, la exposición de esas reglas y la prueba de que están conformes con la noción indicada, no tendría interés alguno; pero es necesario, sin embargo, que yo demuestre, en dos puntos, la verdad, y al propio tiempo el valor de la misma.

Ante todo, importa poner en claro la ventaja que presenta la noción que acabo de dar sobre el poder físico. Para ciertas cosas, el punto de vista del poder físico es perfectamente exacto. Son aquellas que para asegurarlas se deben tener guardadas, bajo su protección, bajo llave, y para las cuales semejante modo de conservación constituye el aspecto normal de la relación. Estas cosas son las que se pueden *guardar y defender.* Pero si ese punto de vista es exacto, no es á

causa de las cosas mismas, sino porque ese modo de tenencia constituye para esas cosas la *forma económicamente obligada* de su relación exterior con la persona. El poder físico y la utilización económica se corresponden por completo en ese caso. No es á este aspecto de la relación al que se ha referido originariamente la noción de la posesión, según resulta de la misma etimología de la palabra posesión (*possidere*, de *sedere*). El aspecto visible de la relación (*CORPORALIS possessio*, ó también *NATURALIS possessio* en el lenguaje romano) es el que ha servido aquí, como en lo demás, de punto de partida al lenguaje. El progreso del pensamiento jurídico ha despojado de un modo creciente la noción de la posesión de este aspecto material, sacando del *corporaliter* ó *naturaliter possidere*, un *civilliter possidere* con el mismo sentido, pero sin cuidarse los jurisconsultos romanos de adaptar la *fórmula doctrinal* de la noción de la posesión, al progreso de su aspecto *real*. La doctrina romanista no ha dado un paso más hasta el día: hase limitado á conservar la noción material originaria. Sus esfuerzos para conciliar ésta con el desenvolvimiento real de la posesión en el derecho nuevo, aseméjanse al intento de hacer entrar el cuerpo de un hombre maduro en los vestidos que usara cuando niño; los vestidos estallarían por todos lados. Para no ver esto, sólo hay un medio; cerrar los ojos, que es lo que la teoría romanista ha hecho, con tan especial cuidado, que, según ella, hay poder físico sobre la cosa en casos en que un hombre con ambos ojos bien abiertos no puede descubrir de la misma ni la más leve apariencia. El error cometido por dicha teoría, podemos ya resumirle en breves palabras: ha dado un valor *absoluto* á un punto de vista que es de una verdad *relativa*, es decir, limitada á



ciertos casos: ha perdido de vista que esta verdad relativa no tiene en sí misma su razón de ser, sino que es *derivada*; es decir, que el punto de vista del poder físico no tiene una significación para la posesión, más que porque ese poder es exigido en ciertos casos para su utilización económica. Tomando, en fin, por base y refiriendo en su virtud la noción de posesión á la existencia de una relación conforme á ese fin, entre la persona y la cosa, obtenemos dos formas de la relación de la posesión.

1) Sobre las cosas *que se pueden guardar y defender*.—*Relación de poder* (físico) sobre la cosa.

2) Sobre las cosas *libres ó abiertas*.—*No hay relación de poder*.

El otro punto mediante el cual yo quiero mostrar á las personas extrañas al Derecho la exactitud y el valor de mi noción de la posesión, es la posibilidad que ofrece y que sólo ella puede ofrecer *á los terceros*, para reconocer si hay posesión. Este punto ha pasado completamente inadvertido para la teoría romanista, y si no tiene un gran interés en Derecho privado, tiene una gran importancia en materia penal.

Supongamos dos objetos que se encuentran reunidos en un mismo sitio: unos tordos cogidos por un lazo en un bosque, ó en un solar en construcción, los materiales, y al lado una petaca con cigarros. El hombre más ordinario sabe que resultará culpable de un robo, si recoge los tordos, ó algunos materiales, pero que nada tienen que temer si recoge los cigarros. El hombre honrado deja en su sitio los tordos y los materiales, y coloca en su bolsillo la petaca con el objeto de buscar al dueño, ó, de no poder encontrarle, entrega el objeto á la policía. ¿Cuál es el motivo de este modo distinto de proceder? Respecto de la petaca, cada cual

se dirá: se ha *perdido*: ocurre esto contra la voluntad del propietario, y se le vuelve á poner en relación con la cosa, en diciéndole que se ha *encontrado*. Respecto de los tordos y de los materiales, sabido es que la posición en que se encuentran tiene su causa en una disposición tomada por el propietario. Esas cosas no podrán ser *encontradas*, porque no están *perdidas*: serían *robadas*. El hecho de recogerlas constituye por sí mismo un ataque á la propiedad, y, por tanto, una violación de la ley penal. El hecho de recoger la petaca con los cigarros es en sí jurídicamente indiferente: la conducta ulterior de su autor es la que puede decidir si ha cometido una violación de la ley, y tal violación constituye en este caso una retención de objetos encontrados, porque el ataque á la propiedad de otro resulta sólo de la apropiación subsiguiente de la cosa.

El hombre extraño al Derecho advierte por sí mismo que la diferencia en la apreciación jurídica de esos dos casos resulta de la diferencia de la relación posesoria, y esta diferencia debe evidentemente ser bastante manifiesta para que no pueda pasar sin ser notada ni aun por el común de los hombres; de otro modo, la ley no hubiese podido tomarla como base de sus disposiciones. Y de hecho, saltá á la vista, pero es tan sólo porque la mayoría de las gentes se deja guiar en esta materia por mi noción, cuya exactitud y simplicidad reciben de este modo la demostración más palmaria.

Afirmando que la petaca está *perdida*, se dice: la relación normal del propietario con la cosa está *perturbada*: hay una situación *anormal*, y quiero hacer por mi parte cuanto pueda para que cese. Al ver los tordos y los materiales, se dice: se encuentran en la posición querida por el propietario, situación *normal*. Ahora bien; lo que eso significa es que hasta el hombre ordi-

nario juzga la cuestión de posesión según el *destino económico* de la cosa, es decir, que aplica en su juicio mi noción de la posesión. Los tordos cogidos en el lazo y la madera al pie de la obra, se encuentran colocados en la posición conforme á su destino económico: la petaca, no; es contra su destino económico estar por tierra en pleno campo. Esto basta al hombre ordinario para proceder con una corrección perfecta, sin que tenga la menor idea de la noción de posesión. El jurista le enseña que la ha aplicado de hecho: en el primer caso había posesión, en el segundo no.

Que se haga ahora la misma experiencia, partiendo del supuesto del poder físico sobre la cosa. Nos deja sin criterio posible: ¿cómo reconocer si hay ó no poder físico? Si existe para los tordos y los materiales, es preciso decir lo mismo de los cigarros, porque se encuentran en idéntica posición exterior. Si no existe para la petaca, es necesario afirmar lo mismo para las otras cosas. Supongamos que un hombre cualquiera desea guiarse, en este supuesto, por la noción dominante. Quisiera que se nos dijese lo que haría. El jurista no estaría menos perplejo; pues tampoco podrá saber cómo procederá, si no empieza por abandonar su noción de la posesión, tomando la nuestra. Su conducta real desmentirá su fórmula teórica, según la cual, la posesión es una relación de poder físico.

Añadiré otro ejemplo para comparar las dos nociones de la posesión.

En los pueblos de la montaña, la madera para el fuego que se ha cortado en el bosque se lanza al río: más abajo se recoge con presas y se retira. No puede hablarse aquí de un poder físico del propietario, y sin embargo, la posesión continúa. ¿Por qué? por la misma razón que para los materiales; la posición en la cual

se encuentra la madera que flota, está impuesta por consideraciones económicas, y en este caso, también cualquiera sabe que no puede recogerla sin ser culpable de robo. Pero el río recoge en sus corrientes otros objetos: sillas, mesas, etc. También en este otro caso el hombre ordinario sabe muy bien que puede retirar esas cosas del agua y ponerlas á buen recaudo sin ser por eso culpable de robo. El motivo de la distinción es el mismo que en los otros casos antes examinados. *Desde el punto de vista económico*, la flotación de la madera es un hecho *normal*, la de las sillas y mesas *anormal*. En el primer caso hay posesión, en el segundo no.

¡La posesión se reconoce así exteriormente! Los terceros pueden saber si la relación posesoria es normal ó anormal. Cualquiera puede apreciar de ese modo el valor de la noción que yo he sentado acerca de una de las cuestiones más importantes de la teoría posesoria. La teoría reinante no nos presta auxilio alguno; se limita á enseñar al poseedor si continúa poseyendo, pero nada nos dice de cómo los terceros deben reconocer si posee ó no.

He hablado hasta ahora de la perturbación de la relación normal de la persona con la cosa, y estimo necesario añadir todavía una advertencia. Según el Derecho romano, la perturbación normal no hace perder la posesión inmediatamente, sino sólo cuando el poseedor ha abandonado ó no ésta en situación de restablecer la relación perturbada con la cosa. Si lo logra, se reputa que la posesión no se ha perdido. Por vía de ejemplo citaré el caso en que ha perdido una cosa, en que la ha dejado olvidada en casa de otro, ó en el que su rebaño se ha extraviado. Si deja de hacer las diligencias necesarias para recobrar la posesión, el Dere-

cho romano le priva de ella, resultando así un *abandono* de la posesión; no ha demostrado el verdadero interés que caracteriza al poseedor (pérdida de la posesión *voluntaria*). Si sus diligencias no alcanzan buen éxito, su posesión se *pierde* (pérdida de la posesión *contra* su voluntad). Ocurre exactamente lo mismo con el despojo de las cosas inmuebles. Si el poseedor restablece inmediatamente la antigua relación, la posesión se estima como no perdida; si no, se pierde, salvo que en este caso hubiese, según el Derecho romano nuevo, despojo violento.

Hay una fase particular en la existencia de la relación posesoria á la cual no da la teoría reinante toda la importancia que merece, porque los juristas romanos no la señalan *in terminis*, pero que se encuentra perfectamente indicada *de hecho* en el Derecho romano. La posesión está *perturbada* ó *amenazada*. El interés jurídico que presenta esta situación consiste en que se le da aquí al poseedor la posibilidad de defender su derecho; es una *situación crítica* en la existencia de la posesión, cuya continuación es todavía incierta, y depende de los acontecimientos ulteriores. En cuanto á las cosas muebles, esta situación basta perfectamente para legitimar la intervención de los terceros; así ocurre en el salvamento de las cosas perdidas; aun cuando la posesión no estaba perdida en el sentido jurídico, el propietario no había realizado ninguna tentativa para rescatar la cosa. Esta situación crítica, es decir, la perturbación de la relación posesoria basta, en mi concepto, para los terceros, porque prestando su ayuda á fin de restablecerla, no hacen más que ponerse en lugar del propietario ausente; hacen por él lo que este mismo hubiera hecho, y no hay en tal caso *ataque* á una relación posesoria existente.

## X

**La posesión de los derechos.**

La consideración que ha determinado al Derecho romano á poner á disposición del propietario, en los interdictos posesorios, una forma de protección más fácil, ha sido también el motivo de introducir los *interdictos cuasi posesorios*. Estaban hechos para la *servidumbre* (servidumbre personal; *usus fructus*, y *usus* y ciertas servidumbres rurales de aguas y de caminos), y para la *superficie*. El que se prevalía de un derecho semejante frente á un tercero tenía en caso de oposición, al igual que en la instancia de propiedad, que hacer la prueba de su derecho, lo que exigía en ambos casos, no sólo la prueba del acto de establecimiento, sino también la de la propiedad del autor. El pretor le dispensaba de esta prueba cuando había ejercitado antes su derecho sin oposición, y luego era perturbado en él. A su instancia, en efecto, le daba un interdicto que prohibía al adversario continuar perturbándole. El demandado no era admitido á sostener que el demandante no tenía derecho alguno, al igual que en los interdictos posesorios propiamente dichos: la única objeción que podía hacer, era, como en éstos, que la posesión estaba viciada, es decir, que el demandado había ejercitado el derecho clandestinamente, sin él

saberlo (*clam*), contra su voluntad declarada (*vi*) ó sólo con su autorización dada bajo reserva de revocación (*precario*). Ambas partes quedaban libres, cuando habían sucumbido en esta instancia, de disputar el derecho; la decisión en el posesorio no perjudicaba al petitorio; el carácter de la acción posesoria comparada con la acción petitoria era severamente observado, tanto con relación á la restricción del litigio en la cuestión de posesión, como respecto de la falta de influjo de su decisión sobre la cuestión de derecho.

La protección del derecho se concede aquí también á un *estado de puro hecho*. Pero no todo estado de hecho tiene derecho á esta protección. Durante años mis gallinas han podido buscar su alimento en el jardín del vecino, ó mis criados han podido arrojar los desperdicios en su terreno, y, sin embargo, no tengo derecho á la protección posesoria, esto es, al mantenimiento provisional de la situación hasta la decisión en justicia: por el contrario, si yo no obedezco á la prohibición del vecino, él es el que tiene una acción posesoria para atender á sus derechos. Pasa esto de muy otra manera cuando, sin oposición de su parte, he hecho uso del camino que pasa por sus fincas ó enviado mis caballos á su abrevadero. ¿Cuál es la causa de semejante diferencia? Radica en la relación de la posesión con el derecho. Lo que se protege en la posesión no es el estado de hecho como tal, sino un estado de hecho que puede tener por base un derecho, y que, por consiguiente, puede ser considerado como el *ejercicio* ó la *exterioridad de un derecho*. Así, los juristas romanos designan muy exactamente este estado como *juris possessio*. En rigor, se debería colocar en el mismo lugar la posesión del propietario, porque contiene igualmente el ejercicio, la exterioridad de un derecho,

de la propiedad. Pero los juristas romanos la designan con la expresión de *posesión*, pura y simplemente, ó cuando quieren distinguirla de la *juris* ó *quasi possessio*, por medio de la expresión *corporis possessio*, ocurriendo lo mismo con las expresiones modernas *posesión real* y *posesión jurídica*.

Así como la propiedad debe ser posible para que se pueda admitir la posesión de las cosas, así es preciso también que un derecho sea posible para que se pueda admitir la *possessio juris*. Allí donde un *jus*, en el sentido de la teoría romana, no se admite *in thesi*, el estado de hecho no es protegido sino cuando la propiedad es jurídicamente imposible en cuanto á la persona ó la cosa. A nuestra regla general ya anunciada, *donde no hay propiedad no puede haber posesión*, corresponde la regla: *donde no hay derecho no puede haber posesión de derecho*, ó sea, en el lenguaje procesal: *donde no hay petitorio no puede haber posesorio*. Por este motivo es por lo que en los dos primeros casos citados antes se niega la protección posesoria. En efecto, esos actos no pueden, según la teoría romana de las servidumbres, formar el objeto de una servidumbre. En los otros dos, en los que se puede encontrar el objeto de una servidumbre, la protección se concede, pero sólo á aquel en cuya persona puedan tales actos considerarse como derechos, esto es, en el propietario del fundo, y no, por ejemplo, en sus domésticos ó en el peatón del correo que ha pasado durante años por el camino. Si la ejecución material de los actos fuese suficiente, debería concedérseles al igual que al propietario del fundo, y debería negársele á este último, si á consecuencia de parálisis no hubiera podido pasar por ese camino. Pero esas gentes no han hecho más que *pasar*, no *han ejercitado un derecho*; en cambio él



*ha ejercitado el derecho* aunque no haya pasado, porque lo han hecho aquéllos en su lugar.

Se puede, pues, considerar que la *cuasi posesión* implica una *pretensión de un derecho*. Que el derecho exista es indiferente, lo mismo que en la protección posesoria del propietario: basta para la protección posesoria la posibilidad del derecho y la exterioridad de su ejercicio. Si en la posesión de los derechos, al igual que en la de las cosas, la protección posesoria aprovecha aun al que no tiene derecho, esto no es más que una consecuencia inevitable; no hubiese sido posible concedérsela al derechohabiente, sin que de ella participase el que no tiene derecho; está en rigor establecida en favor del primero: el segundo no es más que un parásito que el Derecho no puede extirpar. La inteligencia de toda la teoría posesoria descansa en la proposición siguiente: *la protección posesoria ha sido introducida en favor del que tiene el derecho: en el poseedor se trata de proteger al que tiene derecho*.

La posesión de los derechos es de una gran importancia para la teoría posesoria. Una verdad que no siempre se ha visto clara con motivo de la posesión de las cosas, á saber, que la posesión no es el poder físico sobre la cosa, sino el ejercicio, la exterioridad del derecho, se manifiesta aquí con una claridad tal que es imposible desconocerla. Los actos de ejercicios aislados que el derechohabiente de una servidumbre verifica en las fincas de otro, de ninguna manera pueden ser mirados como una relación de poder. Ni los mismos partidarios de la teoría del poder físico lo han intentado nunca. La mera circunstancia de que el poder físico sobre el fundo sirviente está reconocido en el propietario, se opondrá desde luego: el poder no está conferido por adelantado; no puede disponerse de él, y

el poseedor del derecho debe contentarse con algo menos. No se ha advertido aquí que ese menos puede ser equivalente al todo. Cuando una persona ha concedido á otra una servidumbre de pasto en una dehesa, los actos que uno y otro realizan son exactamente los mismos: ambos envían sus ganados al pasto, y nadie podrá saber, sin estar de antemano preparado, cuál es el propietario y cuál el que obra en virtud del derecho de servidumbre, y, sin embargo, la misma relación constituye en el uno el poder físico sobre la cosa y en el otro el ejercicio de un derecho sobre la cosa de otro. La arbitrariedad que se comete estableciendo el punto de vista del poder físico, se advierte así claramente.

Una noción genérica debe ser concebida de tal suerte, que sea exacta para todas las especies que el género comprende: la noción de posesión debe comprender la posesión de las cosas y la de los derechos. La ciencia romanista no ha cumplido esta condición; vanamente se busca en ella una noción genérica que abarque las dos especies de posesiones. Se limita á yuxtaponerlas; la posesión de las cosas es el poder físico, la de los derechos es el ejercicio de un derecho. Indudablemente desflora la noción genérica cuando acomoda la transición de la posesión de las cosas á la de los derechos diciendo, que así como la posesión de las cosas entraña el ejercicio de la propiedad, la posesión de los derechos implica el ejercicio de un derecho. Pero ese punto de vista sólo le sirve como una especie de puente para pasar de una especie á otra, cuando precisamente hubiera debido reconocer ahí que el punto de vista del ejercicio del derecho contiene la idea fundamental de toda la teoría posesoria, es decir, la idea genérica de la posesión. Bajo ese aspecto, la

posesión de los derechos es del más alto valor científico; ante ella no queda otro recurso que transportar la noción del ejercicio, ó, en mi lenguaje, de la exterioridad del derecho, que no puede discutirse, á la posesión de las cosas, ó bien, colocarlas una al lado de la otra, como dos formaciones separadas, que no tienen entre sí de común más que el nombre de posesión, sin tener lazo intrínseco alguno, ó en otros términos, renunciar á establecer una noción genérica. Si el punto de vista del poder, fuese completamente exacto para la posesión de las cosas, lo que no es exacto según ya vimos, será necesario prescindir de él y reemplazarlo con otro, teniendo en cuenta que no sirve para explicar la posesión de los derechos. Sólo hay uno que tenga ese mérito, es el de la exterioridad del derecho á que me he referido; la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad; la de los derechos es la exterioridad de los derechos sobre la cosa de otro.

A esta ventaja de reunir las dos especies de posesión bajo una misma noción común, se juntan otras más, que no resultan de la noción del poder físico, á saber:

*Primera.* El punto de vista de la exterioridad del derecho crea un lazo íntimo entre el hecho y el derecho; no se encuentra aquél ante éste, al modo como en el poder físico, cual elemento extraño y sin relación, sino que se presenta como un elemento proporcionado por la noción del derecho mismo; la realidad, el goce, el ejercicio del derecho y la protección que la ley concede á este estado de cosas, encuentran su justificación en la circunstancia de que en la mayoría de los casos coinciden con el derecho.

*Segunda.* Si el estado de puro hecho fuese protegido como tal, debería serlo también allí donde no pu-

diera ser considerado como el ejercicio de un derecho. Ya hemos visto que el Derecho romano, en este caso, niega la protección posesoria; eso sólo puede explicarse por la noción de la exterioridad del derecho.

En resumen: el Derecho romano protege en la posesión la exterioridad del derecho; ha creado esta protección en favor del que tiene el derecho, mas para procurarla tenía que permitir que de ella participase también el que no tiene el derecho, favor este último que tiene sólo un efecto pasajero, y que el derechohabiente puede soportar fácilmente, porque tiene en la acción originada en el derecho el medio de dar fin en todo tiempo á la posesión sin derecho. Para el que no tiene el derecho, la protección posesoria es sólo provisional; para el otro, contra el cual nadie puede ir por la vía del derecho para despojarlo de la posesión, la protección es definitiva. La teoría posesoria reinante ha desconocido ese fin legislativo de la protección posesoria, y en su construcción de la teoría de la posesión ha tomado por punto de partida, no al que tiene el derecho, sino al que no lo tiene. De esta suerte se ha colocado en un terreno, en el cual es imposible armonizarla con el aspecto de la posesión en Derecho romano.

## XI

**Transformación de la posesión en el desenvolvimiento del Derecho moderno.**

Esta transformación afecta una doble dirección: la posesión de las *cosas* y la de los *derechos*.

*a)* La posesión de las cosas.

La idea romana de la falta de protección del tenedor, en el caso en que la cosa le fuese entregada en su propio interés (tenencia interesada) estaba en contradicción demasiado palmaria con el sentimiento jurídico de los pueblos modernos, y en cuanto al colono, hasta con el mismo Derecho existente, para que la doctrina no se preocupase por buscar un remedio. Lo encontró en el desenvolvimiento consuetudinario insensible de dos medios de Derecho: el *summarissimum* y la *actio spolii*. Su carácter común era el de ser concedida hasta al detentador. El primero suponía una perturbación ó una amenaza en la posesión de una cosa inmueble (hasta de un cuarto en una casa) y tendía al mantenimiento del estado de cosas existente. El segundo suponía un despojo injusto de cualesquiera cosas, muebles ó inmuebles, y tendía á la condena- ción del demandado á restituirlas. Lo demás no ofrece

interés para las gentes extrañas al Derecho. Básteles notar que hay en este caso una ruptura completa con la teoría romana. No es extraño que el romanismo ortodoxo haya prescindido aquí de todos sus anatemas. En realidad, su conducta merece plena aprobación desde el punto de vista práctico.

Tal camino se ha seguido por varias legislaciones nuevas, entre las cuales es preciso citar en primer término el *Landrecht* prusiano, que, apreciando con exactitud la importancia del elemento del interés en la cuestión de la posesión, reconocía ésta en todo individuo que en una relación de posesión derivada obtenía una cosa en su propio interés (relación posesoria interesada), y en particular al colono y al inquilino, no conservando la noción de la tenencia más que para aquel á quien la cosa ha sido entregada en vista sólo del interés del *dominus possessionis* (relación posesoria por procuración). El proyecto de Código civil alemán ha dado un paso más, concediendo la acción posesoria á todo tenedor, lo que, en mi concepto, no debe ser aprobado. Otro tanto puede decirse de la innovación, tan fuera de lugar desde el punto de vista del lenguaje, como errónea de hecho, por la cual admite, conforme á la insostenible teoría romanista sobre el *animus domini*, la distinción teórica entre la *posesion* (*Besitz*) y la *tenencia* (*Inhabung*.)

#### b) La posesión de los derechos.

Esta posesión ha alcanzado en el desenvolvimiento del Derecho moderno una extensión extraordinaria. Le han precedido en ese camino el Derecho canónico y la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos, que

han aplicado la posesión á todos los derechos regalianos, dignidades, funciones, beneficios y diezmos de la Iglesia, siendo seguido su ejemplo por la legislación y la jurisprudencia de los tribunales seculares, hasta tal punto, que no hay una relación de Derecho público ó privado que no haya sido puesta en relación con la idea de posesión, desde el momento en que ésta podía aplicarse de cualquier manera. La idea directriz era la siguiente. Todo individuo que se encuentra en el goce pacífico de un derecho cualquiera, al cual corresponde un *ejercicio prolongado*, y de cualquier especie que el derecho sea, monopolio, privilegio, derecho patrimonial ó de familia, etc., etc., consistente en un estado de hecho, en actos del que tiene el derecho ó en prestaciones del obligado, tales como el pago de rentas, prestaciones, corveas, etc., etc., debe ser provisionalmente protegido en este goce cuando le sea disputado, hasta tanto que la no existencia del derecho se justifique judicialmente. Respondiendo á esta idea es como, aun en caso de oposición á la validez del matrimonio ó de la legitimidad de un hijo, se concedía una acción para proteger la cuasi posesión de la cualidad de esposo ó de hijo; más aún, siguiendo ese camino, el derecho á los títulos de nobleza, y hasta el título de doctor, llegaron á ser objeto de la cuasi posesión. En el caso en que la autoridad administrativa prohibía continuar ostentando esos títulos, el interesado tenía el derecho de acudir en justicia, y el juez le protegía en su cuasi posesión hasta la decisión definitiva. El mismo funcionario estaba protegido contra el gobierno en punto á la retención de sueldos, pensiones, prohibición de recibir emolumentos, hasta que se hubiese decidido de parte de quién estaba el derecho, y en la época germana, las administraciones

territoriales en litigio sobre el ejercicio de sus derechos fiscales respectivos, buscaban la protección de su cuasi posesión ante los tribunales del imperio. Las acciones por deudas personales, donde la suspensión del pago de los intereses hubiera podido ocasionar también el punto de vista de la protección de la cuasi posesión, fueron las únicas á las cuales nunca se aplicó.

La determinación exacta de la extensión que puede reclamar la idea de la cuasi posesión en nuestro Derecho y en nuestro procedimiento, tan completamente modificados en todos sentidos, es un problema por resolver. No puedo admitir que ningún derecho del porvenir llegue á abandonarla por completo; es demasiado sana para ello; la legislación no puede tratar más que de trazar sus líneas exactas. Importa poco que quiera ó no en eso servirse de la palabra *posesión jurídica*; el jurista sabrá lo que debe decidir y qué términos debe emplear cuando la ley protege provisionalmente un estado de hecho, cuya legitimidad no está por el momento demostrada. En realidad, habrá siempre posesión de *cosas* y de *derechos*; el nombre no importa para el caso.

## XII

### La literatura.

Es ésta riquísima y aumenta sin cesar; no pasa un año en que no se publiquen disertaciones y libros



acerca de la posesión. Para las gentes extrañas al Derecho, la cita de las obras, aun de las más importantes, no presenta interés alguno. Me limitaré á señalar dos obras, cada una de las cuales ha formado época á su manera. La primera es la de Savigny, *El Derecho de posesión*, cuya primera edición se publicó en 1803, y la segunda en 1865. Esta última fué publicada después de la muerte del autor por Ruddorff. Este libro ha abierto nuevos horizontes, influyendo, no sólo en la teoría de la posesión, sino también en el desenvolvimiento de toda la ciencia romanista. Y el hecho es tanto más de notar, cuanto que era la primera obra de un joven de veinticuatro años. Por mi parte, no puedo concederle más que la importancia pasajera de un brillante meteoro. Desde el punto de vista de la historia de la materia, tendrá siempre el mérito de haber excitado y favorecido poderosamente la investigación científica en el terreno de la teoría posesoria. En cuanto á sus resultados reales para la ciencia, los considero muy medianos; en mi concepto, Savigny no ha hecho justicia ni al Derecho romano ni á la importancia práctica de la posesión, porque, de un lado, las ideas preconcebidas que tenía le impedían tener la imparcialidad necesaria para reconocer exactamente el Derecho romano, y porque, de otra, cuando emprendió su trabajo estaba desprovisto de toda noción relativa á la práctica, defecto que debía ser doblemente pernicioso, sobre todo en la teoría de la posesión, que no puede ser comprendida sin la práctica. La obra de Savigny ha llegado á ser la manzana de la discordia de la jurisprudencia de nuestro siglo; ha desencadenado un conflicto sin precedentes. Ni una de las ideas fundamentales que en ella se exponen ha quedado al abrigo de los ataques, los cuales han te-

nido un éxito tal respecto de algunas, que sucesivamente se reconocieron como insostenibles. El porvenir dirá si las demás gozarán de otra suerte; yo creo que no triunfará ni una sola.

La segunda obra es la de Burns: *El Derecho de posesión en la Edad Media y en nuestros tiempos*, 1848. Es, en mi concepto, la obra científica más preciosa de todo nuestro siglo acerca de la posesión; es un verdadero modelo, porque ha resuelto el problema que se había propuesto, á saber: el desenvolvimiento histórico de la posesión en el mundo moderno, haciéndolo de tal manera que no queda ya más que decir. El problema está resuelto para siempre. La obra de Burns conservará su valor para la ciencia cuando la de Savigny no tenga ya más que un puro interés histórico.

# CASOS JURÍDICOS



# CASOS JURÍDICOS

---

## I

### **Del transporte marítimo.**

Responsabilidad de quien, habiendo contratado el transporte en su nave de ciertas mercancías encarga á otro la ejecución del contrato.

---

L. 10, § 1 de lege Rhodia (14-2).

LABEO: *lib. I Pilthanôn a Paulo epitomatarum.*

Labeon trata aquí del caso siguiente. El naviero B., que ha alquilado su nave á A. para transportar sus mercancías, encarga sin necesidad del transporte de las mismas, á otro naviero C., cuya nave perece con ellas. B. ¿es responsable? Labeon responde afirmativamente, mientras Pablo lo rectifica, admitiendo que puede haber casos en que B. está libre de toda responsabilidad. Tal ocurriría, en primer lugar, cuando las dos naves hubieran emprendido el mismo viaje y hu-

biera perecido sin culpa de los navieros. En ese caso—diremos completando la opinión de Pablo—A. no ha sufrido ningún daño á consecuencia del trasbordo de las mercancías, porque de todos modos hubieran perecido. Pablo, en esta ocasión no hace más que aplicar un principio muy querido de los romanos (1), y cuya aplicación no podía discutir Labeon en el caso que nos ocupa.

El segundo caso, ó mejor, la segunda categoría de casos que Pablo opone á Labeon, descansa en el supuesto de que no hubiera falta por parte del fletador, enumerando aquí Pablo hasta cuatro distintos:

Dos de ellos:

1) *Si probatum fuerit, nautam morbo impeditum navigare non potuisse.*

2) *Si navis ejus vitium fecerit sine dolo malo et culpa ejus,* no ofrecen interés alguno para nosotros; pero los dos primeros han quedado hasta ahora completamente ininteligibles á consecuencia de una corrupción del texto. Opino que para todos esos casos la opinión de Pablo no tenía fundamento. Había, en efecto, ahí un error, pero no de parte de Labeon, sino de la de su crítico Pablo. Labeon de ningún modo había pretendido que B. fuese responsable de una manera absoluta, sino tan sólo *si nulla necessitate coactus transtulit.* Como se ve, reservaba en favor del naviero todas las

---

(1) V. por ejemplo L. 14 § 1 Depos. (16-3)... *cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.* L. 14, § 11 quod. met. c. (4-2)... *si tamen peritura non fuit.* L. 56 pr. de J. D. (23-3)... *si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit.* L. 5, § 4 de cond. c. d. (12-4)... *ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, etsi non accepisset ut manumitteret.* V. una disposición análoga en L. 44, Ex. quib. e. mel. (4-6)... *in aliqua re laesus non restituitur, in qua, etiamsi reipublicae cause non abfuisset damnum erat passurus.*

excusas del género de las admitidas por Pablo, por lo que hubiera, sin duda considerado la enumeración de los casos, no como una crítica, sino como un desarrollo de su doctrina.

Los casos tercero y cuarto que Pablo cita son los siguientes:

*Idem juris, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.*

*Idem juris erit, cum ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per cum staret quominus remissa sibi ea poena spectaret.*

En su actual redacción, el texto es incomprensible. Así ha sido objeto en todo tiempo de enmiendas críticas, sobre todo el pasaje final: *quominus remissa sibi ea poena spectaret*. Las Basílicas no nos lo han conservado, y ya en la glosa comienzan los ensayos de enmienda. Esta cambió la última palabra así: *quominus id faceret remissam sibi poena SPERARET*. Cujas (Obs. III, 2) conserva *spectaret* y lee: *remissam pecuniam*, lo que significaría: *quominus munere vehendi perfungeretur atque ita ea se poena exsolutum spectaret*.

Este intento de explicación no necesita gran esfuerzo para ser refutado.

En efecto, aun admitiendo que el jurista tuviera la idea de que la partida no había sido impedida por culpa de B., y en lugar de expresarlo directamente, hubiera querido darlo á entender de una manera tortuosa y difícil, diciendo que B. no previera que incurriría en la pena convencional, no había debido emplear la palabra *remissam* (que se refiere siempre á remisión) sino á las palabras *non commissam*.

Otros autores (1) que no creo necesario enumerar, han querido leer, los unos según un manuscrito que dice *asportaret; portaret*: los otros, en lugar de *spectaret; veetaret*, otros en fin, en lugar de *remissa... speraret; remisas (sc. merces) portaret*. Un comentarista ha propuesto (sin publicarlo) que se lea: *promisso sub ea poena staret* ó *promissa sub ea poena praestaret*. Schilling propone: *quominus COMMISSA sibi ea poena asportaret*, y cambia: *eodem genere COGITATIONIS*, que otros dicen *cognitionis* ó *conditionis* por *negotiationis*. Federico Mommsen, que menciona el texto en su *Beitrage I*, página 80, nota 6, no ha estudiado esta dificultad; Glück, en su comentario á este título, pasa prudentemente al lado de su texto. Hasta el año último no se ha vuelto á exhumarlo (2). El mal resultado de este nuevo y último ensayo me ha inducido á consagrar mi atención á ese pasaje, y á menos de estar totalmente equivocado acerca del valor que puedan tener mis propias ideas, creo haber encontrado la verdad y haber resuelto este enigma hasta ahora inexplicable.

Todos los intentos de interpretación verificados antes están de acuerdo; según el texto reproducido, se distinguen *dos* casos. Por mi parte, admito que todo

(1) Véase el *Corpus juris* de Gebauer y Spangenberg, Schulting, *Notae ad Dig. hoc loco.*; y F. A. Schilling, *Animadversio-num crit. spec.* II, Lips., 1842, páginas 6 y 9.

(2) F. Mans: *Von den Conventionalstrofen*, primera parte, Frankfort, 1876, páginas 106-111. Me bastará, creo yo, decir que según el autor las palabras *remissa sibi poena spectaret* significan que esta pena será considerada como perdonada.



su texto se refiere á *un* solo caso; que es preciso borrar el segundo *idem juris erit* y leer *exspectaret* en lugar de *spectaret*.

Voy á reproducir la hipótesis tal como Pablo, en mi concepto, la ha imaginado y á parafrasearla:

*Idem juris erit si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.*

Una vez concluido el contrato de transporte, B. se encuentra detenido con su nave por la autoridad (embargo).

Independientemente de toda otra circunstancia, B. no tiene necesidad alguna de hacer transportar las mercancías por C.; puede esperar tranquilamente que el obstáculo desaparezca, porque no ha sido por su culpa, ó no lo es de ordinario; puede haber sido embargado el buque por causa de utilidad pública. La L. 43, § 1 de pign. act. (13-7) nos ofrece un ejemplo. Para él, trátase de un caso de que no puede responder:

L. 1, § 9 *si quis caut.* (2-11).

*Simili modo exceptio datur ei, qui cum ad iudicium venire volebat, a MAGISTRATU RETENTUS est, et retentus sine dolo malo ipsius.*

Sin embargo, hay una circunstancia que le obliga aún á transportar la mercancía de A.; y es que ha prometido á éste, bajo una pena convenida, procurárselas en un término dado: *eum* (aquí ha lugar á suprimir las palabras *idem juris erit* que preceden) *ex conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi prae-staret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendes eas merces locasset.*

CONDUXISSET.—Labeón había hablado de un alquiler de la NAVE (*si navem conduxisti*). Pablo sustituye este punto de vista por el de la *locatio operis* que es

evidentemente más exacto, porque no era A. sino B. quien debía conducir la nave.

LOCASSET.—Haloander y Cujas han corregido aquí el texto del manuscrito de Florencia y copiado *locasses*; esta corrección ha sido aprobada por casi todos los autores posteriores (V. Schulting, l. c.) (1), y Teodoro Mommsen mismo lo ha mencionado en su edición de las *Pandectas*. En realidad era inevitable, á partir del supuesto de que se trataba de un cuarto caso. En efecto, en tal hipótesis, no habría lugar para una tercera persona á quien *locasset* debiera referirse, por lo que tenía que ser cambiado por *locasses*, referido á *te* y *tibi* que preceden.

Nuestra explicación permite mantener la palabra *locasset* del manuscrito florentino, porque el que emprende aquí el *locare* es el *prior nauta* de la frase anterior: transfiere la ejecución del trabajo por él emprendido al segundo naviero por medio de una *locatio operis* entre ambos pactada.

Ciertamente, en la situación supuesta, nadie podía censurarle; había hecho lo que cualquier otro hubiera hecho en sus circunstancias. Imposibilitado por un *casus* de ejecutar él mismo el contrato, se ha procurado un sustituto á fin de efectuar en tiempo oportuno el transporte de las mercancías, tanto en su propio interés para evitar la pena convenida, como en el del fletante. El navío de C. no era, sin duda, como dice Labeon al principio del texto, tan bueno para la mar, y por esto es por lo que no se puede censurar á A. por no haber consentido la sustitución (*in navem*

---

(1) Schilling, l. c., pág. 7: *nec potest ea emendatio... ullam dubitationem habere (!). Quo magis mirandum est Bynkershoeckium... lectionem florentinam defendere studuisse; parum videlicet feliciter.*

*deteriorem cum id sciret te fieri nolle, transtulit*). Pero, por otro lado, A. no puede, sin embargo, impedir que por su causa B. deje de cuidar de sus propios intereses, y se expone á sufrir la pena convenida. En este estado las cosas, B. hace á A. una proposición que responde al interés de ambos. Está contenida en las últimas palabras: *remissa sibi ea poena*. B. se ofrece á transportar las mercancías en su propia nave, si A. le libra de la responsabilidad originada por la pena convenida (*remissa sibi ea poena*) y le permite de ese modo *esperar* la solución de la dificultad que le detiene (*quominus EXPECTARET*). Rechazada esta equitativa proposición de B., y habiéndole puesto tal negativa en la imposibilidad de atender á la carga y al transporte hasta que el obstáculo hubiese desaparecido, no puede en rigor culpársele por ello (*nec per eum staret*). Si en tales circunstancias carga las mercancías en otra nave no tan buena, ninguna responsabilidad le alcanza por las consecuencias. Es perfectamente excusable que haya puesto en otras manos la ejecución del contrato de transporte, del propio modo que si se hubiera puesto enfermo, ó sin tener la culpa, hubiera experimentado la nave averías. En los dos casos que Pablo opone á Labeon en último término, también se fija en la misma pena convencional como garantía del transporte dentro de un plazo señalado; lo cual expresa por: *Idem juris in eodem genere cogitationis observabimus*. Sin el peligro de incurrir en una pena convenida, B. hubiera esperado tranquilamente la terminación de su enfermedad ó la reparación de las averías de su buque.

Todos los intentos de interpretación verificados hasta el día no han tenido eso en cuenta, y se ha tratado de reemplazar con descabelladas enmiendas las pala-

bras *in eodem genere cogitationis* (*cognitionis, conditionis, locationis*. V. Schulting), que resultaban incomprendibles, á pesar de ser tan significativas.

De hecho puede hacerse á todos una misma objeción, á saber: que si se prescinde de la pena convencional, B. no tenía razón ninguna, ante la negativa de A., para que el contrato se ejecutase por C. Pero desde el momento en que la pena convencional entra en juego, B., imposibilitado por caso fortuito, tiene un vivo interés en cumplir con el compromiso por intermedio de otro. Si A. no desea esta sustitución, puede impedirlo renunciando á la pena convenida. Si no quiere renunciar, B. puede sostener que ha obrado *necessitate coactus*.

Mi opinión supone primeramente la supresión de las palabras *idem juris erit*, y luego el cambio de *spectaret* por *expectaret*. En lo que se refiere á la supresión de *idem juris erit*, admitimos que el copista haya escrito equivocadamente tres veces esas palabras, que en el texto había dos. Si se encontraban al principio de una línea y el copista se ha confundido al copiar, es un error que nada tiene de extraño. Cuando hablo de cambiar *spectaret* por *expectaret*, empleo esa expresión respecto del texto repetido en nuestras ediciones y con relación á la autoridad del manuscrito florentino, porque la palabra *expectaret* tiene á su favor una autoridad, á saber: la del código Vaticanus, I. En ese manuscrito ha sido borrada la partícula *ex* (1). Por mi parte, sin saber esto, había llegado, en vista del texto tomado en conjunto, á convencerme de la necesidad de tal partícula, y casi me atrevo á decir que he

---

(1) Según la noticia del Corp. jur. de Gebauer y Spa ngenberg.

experimentado una sorpresa, á la vez agradable y desagradable, cuando, confrontando entre sí las diversas ediciones de las Pandectas, tropecé con *exspectaret* en Mommsen (sin indicación de fuente) y en Gebauer y Spangenberg (con indicación de fuente). Por sí solo, sin embargo, esto no bastaba para procurarnos la inteligencia del texto. Era preciso, por el contrario, para comprenderla, penetrarse de la relación interna de las ideas del mismo. La prueba de ello es que, hasta hoy, nada se ha sabido hacer con tales elementos. Para llegar adonde yo he llegado, puede decirse que he procedido *a priori*.

Pero ¿cómo explicar la desaparición del *ex* en *exspectaret*? Supongo que se habrá leído equivocadamente *ea*, lo que implicaba de un modo necesario el cambio de esa palabra para ponerla ante *poena*; de suerte que, en lugar de *remissa sibi poena exspectaret*, se ha puesto *remissa sibi ea poena spectaret*.

He ahí un ejemplo notable de los errores á que la crítica se halla expuesta, por segura que se crea con sus hechos. El cambio de *locasset* ó *locasses* pasaba por incontestable: *cogitationis* y *remissa poena* ofrecían sospecha; en cuanto á la palabra *exspectaret* del manuscrito, hubiera podido llevar facilísimamente á la solución del enigma si se la hubiera relacionado con el contrato de transporte concluido por el naviero y con la cuestión, que tan estrechamente se liga con él, de las consecuencias jurídicas de la espera (*exspectaret*): ¡cuántas veces no se encuentra empleada esa palabra en el Código de Comercio alemán! (V. especialmente artículos 568, 571 575, 577, etc., etc.) Y sin embargo, no se ha vacilado en proponer: *speret*, *vectaret*, *praestaret*, etc.

De todas estas explicaciones, infiero que Labeon y

Pablo tratan de la misma cuestión que el Código de Comercio alemán en el art. 566. Las frases de éste:

«El fletador no tiene derecho, sin autorización del fletante, de cargar las mercancías en otra nave», corresponden á las palabras de Labeon:

*Si merces... in navem deteriore, CUM ID SCIRET TE FIERI NOLLE TRANSTULIT... habes... actionem.*

Las frases del Código de Comercio:

«...responsable de todo daño, á menos que pruebe que ese daño se hubiera realizado, y á costa del fletante, aun en el caso en que las mercancías no hubieran sido cargadas en otra nave», corresponde á las palabras de Pablo:

*Si modo ex navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset.*

Al pasaje del Código de Comercio:

«Este artículo no se aplica á los trasbordos hechos en caso de peligro durante el viaje», corresponde la definición que Labeon añade á su principio:

Nulla NECESSITATE COACTUS,

así como á los tres casos que Pablo da como ejemplos:

*Nauta publica retentus,*

*Morbo impeditus*

*Navis vitium fecit.*

No hay más que una diferencia, y es que el Código de Comercio admite, *en caso de necesidad*, únicamente durante el viaje, mientras que los dos juristas romanos lo admiten aun antes de comenzar el viaje.

## II

### Usufructo.

Usufructo de las cosas que se consumen por el uso.

---

§ 2, Inst. de Usufr. (2-4).

En las L. 15, §§ 4, 5, de usufr. (7-1), L. 9, § 3 usufr. quem. (7-9), Ulpiano y Pomponio admiten un usufructo verdadero sobre los vestidos: el texto citado arriba no reconocía más que un cuasi usufructo. Según la doctrina reinante, ambas opiniones no se contradicen. Los vestidos podían, según las circunstancias, ser objeto, ya de un usufructo verdadero, ya de un usufructo irregular. (Puchta, *Pandectas*, § 182.) Entre las *res quae usu consumuntur* y las *quae usu NON consumuntur*, se conceptuaba que existía una clase intermedia de cosas que se presentan «ya como consumibles y fungibles, ya como específicas, y, por tanto, ya como objetos de un usufructo verdadero, ya como objetos de un cuasi usufructo, dependiendo todo ello de la voluntad de las partes al establecer el usufructo» (Keller, *Pandectas*, § 175), ó mejor una clase interme-

dia de cosas «que el uso al cual están destinadas no aniquila, pero sí despoja de su valor, de tal manera, que es preciso investigar si el que ha constituido el usufructo se ha propuesto un usufructo regular ó uno irregular» (Windscheid, *Pandectas*, § 206).

Considero este ensayo de conciliación de los textos completamente inadmisibile, por dos motivos. En primer lugar, porque la manera cómo el autor de cada uno de esos textos expone sus opiniones, no deja margen alguna á la opinión contraria, y además, porque esta manera de tratar diferentemente unas mismas cosas en Derecho, según la diversidad de las circunstancias, tropieza legislativa y prácticamente con dificultades tales, que, á mi parecer, la hacen absolutamente imposible.

La L. 15, §§ 4, 5 de usufr. (7-1) y la L. 9, § 3 usufr. quem cav. (7-9) de Ulpiano no dejan en el pensamiento del autor lugar para un cuasi usufructo sobre los vestidos. En el primer texto, el jurista insiste sobre el punto de que la relación es muy distinta de si se tratase de una *quantitas*; exige del usufructuario que se sirva de los vestidos como un *vir bonus*; le prohíbe por este motivo alquilarlos, y prohíbe además hacer uso de los *scenicae vestes* fuera de la escena.

En el segundo texto refiere la opinión de Papiniano de que la *cautio finito usufructu vestem reddi* no obliga al usufructuario á responder del deterioro proviniente de uso ordinario de los vestidos.

Si la jurisprudencia romana hubiera considerado posible un cuasi usufructo de los vestidos, ambos juristas no hubieran podido en ese caso fijar tan categóricamente la posición jurídica del usufructuario, según los principios tan sólo del usufructo propiamente dicho. Además, debe tenerse en cuenta que el título que



trata especialmente del cuasi usufructo (VII, 5) no menciona los vestidos. Acerca del dinero, del cual hablan la mayoría de los textos, ese título no cita más que las cosas que indudablemente pertenecen á la categoría de las *res quae usu consumuntur*. Véase, sobre todo, la L. 7, *vinum, oleum, frumentum*; L. 11, *lana, odores, aromata*.

En el título de la *Instituta*, por el contrario, el cuasi usufructo de los vestidos no está sólo representado como una forma *posible*, sino como la *única* forma *concebible* del usufructo de los vestidos.

*Hae res, se dice, neque NATURALI neque CIVILI ratione recipiunt usumfructum*, y al final del texto: *ergo senatus non fecit earum usumfructum—NEC ENIM POTERAT—sed per cautionem quasi usumfructum constituit*.

Con relación á los demás objetos mencionados en el texto: *vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata*, es tan exacto este aserto, como falso con relación á los *vestimenta*. El usufructo de los vestidos, no es ni imposible, *ratione naturali*, ni rechazado *ratione civili*, y la *Instituta* enseña, por consiguiente, una cosa indudablemente exacta.

Las dos opiniones se presentan en términos tales que se excluyen recíprocamente. Las *Pandectas* no son compatibles con la *Instituta* ni concuerdan. Una conciliación que mantuviese parcialmente cada una de las dos compilaciones con un campo de aplicación propio, estaría en contradicción con los dos textos, porque cada uno tiende á tener un valor exclusivo, y no un valor al lado del valor del otro. Dos textos que se encuentran en esa relación de exclusión recíproca, se destruyen, y la consecuencia de esta destrucción, es que la ciencia, recobrando su libertad, decide la cuestión como si no hubiera sido tratada en las fuentes. En

aplicarse en la  
teoría a los  
arts. 459 y 499  
del C. C. español

el presente caso, la cuestión sería resuelta en favor del usufructo real.

Mas aun siendo posible en sí una conciliación de esos dos textos, sin embargo, la tentativa mencionada antes, daría lugar, en mi concepto, á las mayores dificultades, por lo que me inclinaria con preferencia á una tentativa anterior, de que hoy (cosa digna de ser notada) no se oye hablar. Encuéntrase esta tentativa en la edición de Teófilo, por Reitz (ad. h. l.), y consiste en decir que el texto de la Instituta se refiere á la *tela para los vestidos*, mientras el de las Pandectas se refiere á los *vestidos*. La distinción es, de hecho, perfectamente exacta, y la única objeción que puede hacersele es que si los autores de la Instituta hubieran querido emplear la palabra *vestimenta* en el sentido de *tela para vestidos*, hubieran debido indicarlo de algún modo. Por lo demás, nada hay que objetar á la exactitud dogmática de esta distinción; un Código nuevo podría aceptarla sin vacilación alguna. Ocurre cosa muy distinta con la tentativa moderna de conciliación de los dos textos que hemos mencionado antes. Lleva á un resultado que la ciencia y la práctica no pueden menos de rechazar protestando. Encubre una distinción radical, tan fácil de explicar en la doctrina, como de aplicarla en la práctica. La encubre de tal modo, que no queda el menor indicio para ver la distinción, resultando imposible á la enseñanza el formularla y definirla, y á la práctica el aplicarla á los casos particulares.

La distinción de la *res quae usu consumuntur* ó *non consumuntur* depende de saber si un cosa es, no *afectada*, sino *consumida*, *aniquilada*, por el uso que se haga de ella conforme á su destino. Todas las cosas, á excepción del suelo, se *usan* con el uso; las mismas casas, los metales. Para ciertas cosas, el deterioro re-

sulta pronto, para otras es más tardío; los vestidos *se usan* más pronto que los muebles, pero las mismas piezas de hierro, las locomóviles, las navajas, etc., duran un tiempo dado y sucumben al uso. Si esta circunstancia fuera suficiente para establecer el cuasi usufructo, en lugar del usufructo real, la categoría de la *res quae usu non consumuntur* se reduciría al suelo. ¿Dónde está el límite entre el más y el menos, entre lo más pronto y lo más tarde? No sería difícil formar una escala de cosas, cuyo tiempo de deterioro sería, á partir de una semana, hasta llegar al siglo: ¿cuándo cesaría ahí el cuasi usufructo y cuándo empezaría el usufructo verdadero? Hay telas que duran más que muchas máquinas, ¿cuál sería el punto de apoyo que el juez podría buscar para determinar si admitiría ó no el usufructo verdadero ó simplemente y sólo el cuasi usufructo?

¡No! En la distinción romana entre las cosas consumibles y las cosas no consumibles, no entra para nada este elemento del deterioro, ni podía entrar sin destruirse á sí misma. Lo único decisivo es la circunstancia de que *una vez* usada la cosa conforme á su destino, se *aniquila* ó desaparece en la forma de existencia que hasta tal momento tiene. Todas las cosas que resisten á un uso repetido, pertenecen á las *res quae usu NON consumuntur*. Cuando á la palabra *consumuntur* se añade *vel minuuntur* (tit. VII, 5, *de usufructu earum rerum quae usu consumuntur VEL minuuntur*. L. 1, *ibid.*), es preciso pensar, no en el deterioro, que además no siempre se confunde con el *minui*, sino en las cualidades de las cosas consumibles. Aquí el *minui* es también un *consumere*; la masa se reduce por el consumo de ciertos objetos. El influjo que ejerce este consumo parcial en el conjunto de la masa, no ofrece ningún interés jurídico: la circunstancia decisiva es el influjo que

ejerce el uso sobre el objeto á que inmediatamente se refiere. La botella de vino que se coge en la bodega, el pedazo de leña para el fuego que se recoge del leñero, se consumen, importando poco que la provisión en su conjunto se haya disminuido en consecuencia.

Por todo esto considero lógico afirmar que la conciliación tan buscada en nuestros días entre la *Instituta* y las *Pandectas* es imposible en esta cuestión, porque implicaría tanto como hacer desaparecer la distinción de las dos categorías de cosas de que se trata, y nos colocaría de ese modo en la imposibilidad de aplicar de una manera segura la distinción entre el usufructo verdadero y el cuasi usufructo.

¿Cómo han llegado los redactores de la *Instituta* á comprender en su enumeración la *vestimenta*? Me lo explico admitiendo que en la fuente en que se han inspirado había originariamente: *vinum, oleum, frumentum, ESCULENTA*. Esta última palabra, mal leída por un copista, debió transformarse en *vestimenta*; y los autores de la *Instituta*, sin fijarse, la habrán aceptado tal como la encontraron, y según resulta indudablemente del texto de Teófilo. Por el contrario, los redactores de las *Basílicas* (XVI, 5) han sido bastante cuidadosos para poner á un lado el ejemplo de los vestidos. Por *esculenta* deben entenderse todas las provisiones comestibles, no sólo el alimento del día. Lo deduzco por un argumento que me inspira la L. 18 de off. praes. (1-18), y me fundo en el testimonio de Scévola, reproducido por Gayo, IV, I, 17:

*Penus, dice, es quod esculentum aut potulentum est... quae ad edendum bidendumque in dies singulos prandii aut coenae causa parantur, penus non sunt, sed ea potius, quae hujusce generis longae usionis gratia contrahuntur (¿comparantur?) et reconduntur.*

### III

#### Habitatio.

#### Prohibición de alquilar.

---

L. 10 pr. de usu et habit (7-8) Ulpianus, lib. 17 ad Sabinum.

*Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus quaeritur. Et effectum quidem idem poene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit lib. 18, quaestionum. Denique DONARE non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usufructus.*

Entre las particularidades de la *habitatio* figura, como es sabido, la regla fundada en el texto citado de que no puede ser enajenada gratuitamente, mientras que para su enajenación á título oneroso no hay obstáculo alguno después de la L. 13. Cod. de usufr. (3-33). Esa relación jurídica ha adquirido de ese modo una fisonomía extraña, que sería difícil sostener apoyándose en razones sensatas. No está fundada en el interés del propietario, porque puede serle indiferente que el derechohabiente abandone la

casa á otro por dinero ó por nada; sólo, pues, puede atender á proteger al habitante contra sí mismo, sobre todo contra la tentación de despojarse. Ahora bien; ¿por qué se establece esa tutela excepcional, y por qué, desde el momento en que se la ha conceptualizado necesaria, no se ha llegado hasta el fin, prohibiendo también renunciar al derecho de habitación? Sin duda que la cosa es extraña.

Aun cuando los autores de las *Basilicas* hayan tenido á la vista, en sus manuscritos de las *Pandectas*, el texto citado arriba, con la palabra decisiva *donare* (*Basil.*, 16-3-10 pr. οὕτε γὰρ δωρεῖται), por mi parte no vacilo, sin embargo, en declarar semejante redacción como falsa. El manuscrito de Ulpiano tiene, en lugar de la palabra... *donare*, la palabra análoga en cuanto al sonido y á la vista... *locare*.

Nuestras razones para sostener esto son las siguientes: En su constitución sobre la *habitatio* (L. 13, C. de usufr. 3-33), Justiniano indica como uno de los puntos que habían suscitado dudas respecto de la *habitatio* en la jurisprudencia antigua, la cuestión de si el que tiene la *habitatio* podía *alquilar* la casa, decidiendo por sí la cuestión en su favor.

Nada, pues, tiene de extraño que los juristas á quienes las *Basilicas* hacen hablar, hablasen de la cuestión, aunque sólo fuese para decir algunas palabras. Lejos de eso, Ulpiano, á quien se le atribuye la palabra *habitatio*, no dice nada de esta cuestión, según la redacción actual de los manuscritos, suscitando en cambio otra, de la que Justiniano no dice nada en punto á la duda que hubiese provocado por parte de la jurisprudencia antigua. Y la suscita sin saber por qué, y sin saber por qué calla en cuanto á la otra cuestión, que tiene una importancia práctica infinitamente mayor.

Se nos concederá, yo creo, que cuando un jurista, al examinar la posibilidad de la transmisión de los derechos patrimoniales, distingue los dos casos de transmisión á título oneroso y á título gratuito, si por cualquier motivo, no quiere tratar más que de uno de ellos, su elección recaerá difícilmente sobre el segundo antes que sobre el primero, á causa de su mayor interés práctico.

El cuadro mismo en que la regla figura tal como lo presenta Ulpiano, debe suscitar la duda respecto de la exactitud de la redacción tradicional.

En los fragmentos que preceden á nuestro texto, tomados como el de su lib. 17 *ad Sabinum* (L. 2, 4, 6, 8), Ulpiano ha tratado del *usus*, y ha examinado la cuestión de saber si el usuario de una casa puede alquilarla. En la L. 8 *ibid.* llega á la siguiente conclusión: *Sed neque locabunt seorsum neque concedent habitationem sine se nec vendent usum.* A este propósito se pregunta cuál es la naturaleza de la *habitatio*, y responde con la frase reproducida antes, diciendo que el legado de *usus* y el de *habitatio* viene á ser casi lo mismo. Cuando luego continúa diciendo: *denique donare non poterit*, basta conocer el significado de *denique* para comprender que quiere explicar el aserto que precede (1). Es imposible admitir que en vez de hablar de un punto que acaba de tratar exprofeso, refiriéndose á la cuestión de saber qué personas puede el derecho habiente tener en su casa, Ulpiano hubiera querido tratar aquí de un punto que no hace más que tocar de pasada en la L. 8 (*neque concedent habitationem sine*

---

(1) Como es sabido, la significación de *denique* ha adquirido en la doctrina cierta celebridad á propósito de la L. 3, § 15 *ad exhib.* V. Savigny *Posesión*, § 7.

se). Aún hay más, con la palabra *donare* afirmaría hasta cierto punto una falsedad, porque comprendiendo la concesión gratuita de la habitación, lo mismo el caso del abandono exclusivo que el del uso en común, y declarando Ulpiano expresamente que este último es admisible para el *usus* (L. 2, § 1), resultaría de la exclusión general que implica el *donare* que disputa á la *habitatio* lo que declara admisible para el *usus*. Se puede, sin duda, resolver este argumento contra mí, y decir: si hubiera empleado la palabra *locare*, Ulpiano hubiera negado todo abandono á título de alquiler de la habitación, tanto el total como el parcial, conservando el derechohabiente el resto de la casa. Pero esta objeción se echa por tierra, considerando que Ulpiano había hecho comprender en el *recipere* (L. 2, § 1... *etiam inquitinum RECIPERE possit*), y había aprobado la advertencia de Pomponio: *non belle inquitinum dici, que cum eo habitet* (L. 4, *ibid*). Por tanto, cuando advierte, respecto de la *habitatio*: *sed eas personas RECIPIET quae et usuarios*, admite sin más para la habitación también el *recipere* á título gratuito de la L. 2, § 1 (*hospitem recipere... inquitinum recipere*), y para el caso del *locare* no queda más que el *locare seorsum* de la L. 8.

Resulta de todo esto que el *donare* que, por lo demás, no podría criticarse gramaticalmente en su aplicación á la *habitatio* (1), no puede ser auténtico, pues su lectura pondría á Ulpiano en contradicción consigo mismo. Reemplazándolo con la palabra *locare*, que tanto por los caracteres que la componen, como por su consonancia, es tan fácil de confundir con el *dona-*

---

(1) V. C. L. 27 de donat. (39-5), *DONO et permitio tibi habitare in illo coenaculo*.



re, se tiene el medio más sencillo para restablecer la armonía en el texto originario de Ulpiano, estando además tal enmienda apoyada por lo que se lee en la L. 13, Cod. cit.

Pero ocurre ahora que esta ley hace surgir otra dificultad. En efecto, aun cuando fuese cierto que Ulpiano ha escrito LOCARE, siempre resultaría posible que los compiladores hubieran cambiado la palabra por la de DONARE, á causa de la constitución citada por Justiniano, que permite el alquiler de la *habitatio*, y que había ya aparecido en esta época (530). No puedo resolverme á admitir esta suposición, porque si esta constitución fuese para los compiladores una razón para cambiar el texto de Ulpiano, hubieran debido borrar también el aserto de que el *usus* y la *habitatio* eran casi una misma cosa, como resultado práctico, aserto que equivalía á decir que la regla de la L. 8 cit. *Sed neque locabunt seorsum* era igualmente aplicable á la *habitatio*. La contradicción con la L. 13 Cod. que querían hacer desaparecer de un lado, aparecía inmediatamente en otro. La verdad es que inadvertidamente ó con intención, los compiladores han dejado el texto de Ulpiano tal como lo encontraron en el manuscrito original.

## IV

### Adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe.

L. 4, § 19 de usuc. (41-3). Pablo, lib 54 ad Edictum.

*Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fide possessorem, contra, quoniam in fructu est nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. IDEM IN AGNIS DICENDUM, SI CONSUMPTI SINT; quod verum est.*

Hay en estos momentos dos opiniones opuestas acerca de los derechos del *bonae fidei possessor* sobre los frutos que ha percibido: la de Savigny, seguida entre los autores recientes por Windscheid y Goppert (1), y según la cual el b. f. p. no tiene sobre los frutos más que la *bonae fidei possessio*, y la opinión generalmente aceptada (2), según la cual obtiene la propiedad. Se admite, sin embargo, que si el propietario reivindica en tiempo oportuno, es decir, antes de la usucapión, la pérdida ó la enajenación de la cosa principal, el poseedor de buena fe, obligado á prestar la *omnia*

---

(1) Savigny, *Posesion*, § 22; Windscheid, *Zeitsch. f. Civilr. u. Prozess Neue folge*, iv, 3, *Pandectas*, § 186. Goppert, *Ueber die Organischen Erzeugnisse*, 1869, pág. 320 y siguientes.

(2) Keller, *Pandectas*, § 143, es quien más claramente la ha expuesto y quien mejor la ha definido.

*causa*, puede ser constreñido á ceder la propiedad de los frutos al demandante. Por lo que á mí toca, he profesado siempre con plena convicción esta segunda opinión, y jamás he podido comprender cómo, ante tantos textos evidentes de nuestras fuentes, se ha podido defender la opinión contraria. Me adhiero en absoluto en este punto, al juicio de Böcking (1) que considera esta última como «apartada por completo, tanto del Derecho romano como de nuestro Derecho moderno».

No es mi propósito renovar esta controversia con ocasión del texto antes reproducido, el cual forma, con el texto conocido de la Instituta, § 35, J. de R. D. (2, 1), el único argumento serio de mis adversarios. Séame tan sólo permitido llamar la atención, como de pasada, acerca de un punto de vista de que se ha prescindido demasiado hasta ahora. Cuando se trata de reivindicación de la cosa principal, es, en verdad, absolutamente indiferente, como resultado real, que se le atribuya al *bonae fidei possessor* la *bonae fidei possessio*, ó la propiedad sobre los frutos. Todo ello es una pura cuestión de construcción jurídica. Si ha consumido los frutos, no tiene que dar cuenta ni en uno ni en otro caso; si los tiene todavía, debe restituirlos en los dos. Pero la cuestión se presenta muy de otro modo cuando no se trata de la reivindicación de la cosa principal, á consecuencia del consumo, de usucapión, de venta de esta cosa. Según la primera opinión, el propietario anterior de la cosa conserva todavía la reivindicación separada de los frutos, mientras que el b. f. p. no tiene más que la b. f. p. Según la segunda opinión, al contrario, el propietario anterior no tiene nunca el derecho de reivindicar los frutos, porque no

---

(1) *Pandekten*, § 151, nota 1.<sup>a</sup>

ha tenido nunca la propiedad. Esta reivindicación no puede producirse sino como demanda accesoria de la reivindicación de la cosa principal.

Todo el debate sobre el derecho del b. f. p. á los frutos se reduce, pues, desde el punto de vista práctico, á saber si es posible una reivindicación separada de los frutos, y esta cuestión, en mi sentir, hubiera dado un gran paso si en lugar de preguntar: ¿el b. f. p. adquiere la propiedad de los frutos? se hubiera dicho: ¿los frutos pueden ser objeto de una reivindicación separada? Si se hubiera formulado así la cuestión, no se hubieran podido perder de vista las objeciones capitales que se oponen á una solución afirmativa. Una vaca ha sido objeto de usucapión ó muerte por b. f. p.; desde este momento el propietario nada tiene que reclamar del principal (1). Pero el poseedor, no por eso dejará de someterse á la reivindicación de la cría nacida el último día del plazo de la usucapión. Y si ésta, entre tanto, se ha converti-

---

(1) Tengo por manifiestamente falsa la opinión contraria de Windscheid, *Pandekten*, §. 422, nota 4, según la cual el propietario podría aún reclamar el precio, por medio de la *condictio sine causa*. Windscheid no ha tenido en cuenta que el poseedor no tendría recurso alguno contra su autor, pues que esto supone la evicción de la cosa, y que en ninguna parte la *condictio* que, de hecho, equivaldría á la evicción (el precio en lugar de la cosa), está indicada como causa del recurso de garantía ó justificando la *litis denunciatio*. La doctrina de Windscheid deja por completo sin protección al b. f. p. después de la enajenación de la usucapión, produciendo así una incertidumbre completa en las transacciones sobre propiedad. He tratado ya en otro lugar de fijar cuál es el dominio de la *condictio sine causa*, y los textos que Windscheid invoca contra mi opinión no me obligan á abandonarla, porque se refieren todos á una relación á la cual yo he limitado esta acción (posesión sin título), y para la cual no se puede argumentar la falta del recurso como garantía.

do en vaca, y á su vez ha producido otra cría, el b. f. p. tampoco tendrá la propiedad de la misma. Deberá antes usucapirla legalmente, y de esta manera la propiedad originaria del dueño de la primera vaca se propagará á la segunda y tercera generación, y más lejos aún, hasta abarcar por fin todo un rebaño que el propietario originario podría reivindicar, porque evidentemente la usucapión ó el consumo de las primeras crías de la vaca madre no haría adquirir la propiedad de las crías ulteriores, las cuales deberían, por el contrario, ser objeto de usucapión por separado. Espero que se me demuestre la falsedad de este razonamiento.

Examinemos ahora la reivindicación de los frutos á cargo de terceros poseedores que los han comprado de nuestro b. f. p. Como no han podido adquirir su propiedad, la cría puede ser directamente reivindicada contra ellos. Por supuesto, á su vez ellos se dirigirán contra su autor por medio de la acción de evicción. Ahora bien; ¿qué resultará de todo esto? La regla bien conocida é indiscutida del Derecho romano, según la que el b. f. p. gana los frutos, se vería de ese modo burlada por tabla. Deberá reembolsar esos frutos y por lo común á un precio mucho más elevado que si hubiera tenido que entenderse directamente con el propietario, con el cual cumpliría entregándole el precio de venta que ha recibido, mientras que á su comprador tendrá que pagarle el doble. Todo el sistema se encuentra así en contradicción consigo mismo, resultando que la dispensa de restituir los frutos concedidos al b. f. p. es sólo una frase vacía y sin sentido.

¿Se dirá, acaso, que la venta de los frutos no debe ser considerada como un consumo? ¿Qué importa que

el poseedor de una vaca, que vale 25 thalers, la haya muerto por sí y comido, ó que la haya vendido? En el primer caso se ha lucrado lo mismo que en el segundo, ni más ni menos. Ahora bien; si á causa del lucro, se quiere, en el segundo caso, condenarle á la restitución del precio de la venta, diciendo que este último ha venido á sustituir á los frutos, y que realmente se puede hablar aún de *fructus exstantes* (1), ¿por qué no decidir lo mismo en el primero? A la manera que en el segundo, el resultado económico del consumo continúa en su patrimonio (2).

Y si se vende una parte de la cría ó de las patatas y se consume la otra, ¿el juez exigirá la prueba de la cantidad que el demandado ha destinado á su cocina? No; la venta es también un consumo. Sin duda, no es un consumo real, una destrucción de la cosa; es un consumo relativo para el patrimonio del b. f. p. Ahora bien; tal es precisamente el punto de vista decisivo para la noción del consumo, según el Derecho romano ha decidido expresamente en otros casos (3). Lo estatuye, implícitamente además, en ese sentido, por lo que se refiere de un modo especial á nuestro asunto, cuando coloca en una misma línea la responsabilidad del *malae fidei possessor* en los frutos utilizados y la que le incumbe con respecto á los *fructus consumti*. El § 35 Inst. citado dice del m. f. p.: *fructus, licet CONSUMTI sint, cogitur restituere*. ¿Se refiere sólo

(1) Windscheid, *Zeitschi, f., civil* N. F., IV, pág. 125.

(2) Arg., L. 25, § 16 de her. pet. (5-3)... *in statutis vero suis sumtibus videatur LOCUPLETIOR factus*.

(3) Por ejemplo, L. 3, § 3, Rer. amot. (25-2). *Res, quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, QUALIBET RATIONE CONSUMSERIT*. Con respecto al dinero y al patrimonio, esta significación de *consumere* es universalmente conocida.

á los que él mismo ha comido? Entonces, ¿no debería reembolsar nada por los frutos vendidos? Ahora bien; si es evidente que *fructus consumti* comprende también los frutos consumidos económicamente, es decir, vendidos, ¿con qué fundamento se podrá admitir que esta expresión, en el mismo texto, dos líneas más arriba, debería, aplicada al b. f. p., entenderse en un sentido totalmente diferente?

Pero volvamos á nuestro tercero, comprador de los frutos.

No tiene, según se ve, la propiedad de la cría, sino tan sólo la simple b. f. p. De donde se sigue que cuando antes de la expiración del término de usucapión, la ternera, hecha vaca, ha parido á su vez, el comprador no tiene ya la propiedad de su segunda ternera. Y de este modo se reproduce para él la misma historia que para su causante. Pasados veinte años, todas las crías nacidas en su casa en los diez y siete primeros años, caen dentro de la usucapión mientras existan como vacas ó bueyes; pero todo el resto de la descendencia está bajo el anatema en virtud del cual la teoría que combatimos asegura los frutos al propietario originario. Supóngase luego que esos compradores de primera mano hayan revendido las crías á otros, éstos á otros, y así sucesivamente, y de esa manera se formará una idea muy clara del valor práctico de esta teoría.

Una monstruosidad civil de tal naturaleza, ¿habrá podido ver la luz en Roma? Los romanos han visto, con demasiada claridad, que la idea de propiedad para ser práctica, no puede ser llevada á todas sus consecuencias; que, por el contrario, hay ciertos límites contra los cuales se estrella, ó, en otros términos, que la antigua propiedad desaparecía, naciendo una

nueva. Precisamente en esto descansa la seguridad de las relaciones de propiedad, y á esta consideración es á la que debemos la usucapion y la especificación, la accesión y la adquisición de los frutos por el b. f. p. No se trata sólo del interés del b. f. p. en la propiedad que le conceden el Derecho romano y las legislaciones nuevas (1), de las cuales algunas van aún más allá que él. Se trata también, ó mejor, en un grado más alto, del interés de los terceros que compran algo al b. f. p. del interés de las transacciones mismas relativas á la propiedad. Es necesario que los frutos pasen de mano del productor al comercio tan libre y tan seguramente como el objeto fabricado pasa de la mano del fabricante ó del obrero. Sólo esta consideración debió bastar para que se le concediese la propiedad de los frutos al b. f. p., aun cuando para ello se hubiera podido encontrar un obstáculo en los principios de la b. f. p.

Se ha querido combatir la opinión que sostengo preguntando cómo se explica que de un lado el Derecho romano concede al b. f. p. la propiedad, mientras que de otro le impone la obligación de restituir los *fructus exstantes*, recogiendo así con una mano lo que ha dado con la otra. A lo cual respondo: se ha dado la propiedad de los frutos al b. f. p., porque no se podía llegar de ninguna otra manera á dar la propiedad al tercero adquirente de los frutos. La cuestión ó la relación tiene dos aspectos: el uno absoluto, frente á los terceros; el otro relativo, frente al b. f. p. Para

---

(1) Lereconocen una propiedad irrevocable. *Preuss. Landr.* 1, 7, § 185. *Oesterr. burgerl.*, G. B., § 330, *Burg.* G. B. für *Sachsen*, § 244; Código Napoleón, art. 549; Código civil italiano, § 703, que debe servir para limitar el § 444, concebido en términos demasiado absolutos.



los terceros, la adquisición de la propiedad, una vez realizada, es perfectamente eficaz: para el b. f. p., por el contrario, está expuesta á una revocación limitada, es decir, subordinada á la condición de la reivindicación de la cosa principal. Precisamente á causa de este carácter restringido, puramente relativo, del derecho del propietario sobre los frutos existentes, era imposible dar á ese derecho la forma de la propiedad; pero sí debía, como lo hicieron los jurisconsultos romanos, referirlo á la forma de un derecho de crédito fundado en la ley y accesorio de la *reivindicatio*. Trátase, en verdad, del mecanismo que se reproduce tan á menudo en el Derecho romano, por ejemplo, en las condiciones relativas á la causa insuficiente, ó á la falta de causa en la *restit in integrum*, en tanto que se da *in personam* y no *in rem*. El b. f. p. está, con relación á los frutos, exactamente en la misma posición que aquel en cuyas manos la transmisión de la propiedad puede ser atacada por una de las vías jurídicas que acabamos de citar. En él la propiedad es atacable, en sus sucesores no (1).

La opinión contraria no se hubiera producido nunca si no hubiera encontrado un apoyo, en apariencia in-conmovible, en el texto anteriormente reproducido. En ese texto, la propiedad del b. f. p. sobre los cor-deros procedentes de las ovejas poseídas se niega directamente, por cuanto está subordinada á la condición del consumo. *Idem in agnis dicendum, si consumpti sint*. Por extraña que parezca la idea de esta propiedad, que no comienza hasta el momento en que se ha hecho imposible, lo que en sí significa de un modo in-

---

(1) Véase sobre ese mecanismo mi *Espíritu del Derecho romano*, III, 202.

contestable es que el b. f. p. *antes* del consumo no tiene la propiedad. Se comprende sin esfuerzo que esta decisión del jurista haya suscitado las mayores incertidumbres en los defensores de la teoría de la propiedad (llamo para abreviar así á la teoría que da al b. f. p. la propiedad de los frutos), y muchas veces se ha intentado conciliar ese texto con ella. Citaré particularmente á Puchta (1). Según él, la adición *si consumpti sint* expresa la idea de que «los corderos de un rebaño (es el caso ordinario supuesto por el jurista) son frutos de éste, y no pueden ser considerados como separados más que á partir de su separación del rebaño. Ahora bien; esta separación se hace habitualmente por enajenación ó por consumo».

Pero cuando el jurista hablaba de corderos de una manera absoluta, es imposible que esperase de sus lectores que refirieran *sólo al caso* de un rebaño, y sin la menor indicación de su parte, una condición que expresaba en términos de una generalidad absoluta; más bien debería esperar que la refiriesen á los dos casos. Ahora bien; en esta generalidad, la condición contenía un error manifiesto, porque, según Puchta, Pablo no exigiría el consumo cuando se tratara de un cordero que hubiese dado á luz una oveja aislada. Por lo demás, aun cuando se quisiera conceder á Puchta que Pablo tenía presente exclusivamente el caso del rebaño, ¿cómo podía elegir una expresión tan radicalmente inexacta y engañosa para la idea en sí misma exacta de la separación de la oveja del rebaño (v. luego), siendo así que bastaba decir sencillamente *si a grege separati sint*? No creo ser injusto para con

---

(1) *Cursus der Institutionen*, II, § 242, nota 11.

Puchta al afirmar que su idea es completamente errónea y falsa.

No es más feliz la tentativa de interpretación de Böcking (1) y de algunos otros. Con la adición elíptica y á la verdad poco recomendable en el respecto del estilo: *si consumpti sint*, Pablo daba á entender que el consumo libraba al b. f. p. de la obligación de restituir los frutos percibidos. Para descartar esta solución, basta hacer notar que en el texto, Pablo trata exclusivamente la cuestión de propiedad, y que de la cuestión de la responsabilidad *obligatoria* del b. f. p. frente al reivindicante no se trataba para nada. Según la opinión de que hablamos, era preciso que Pablo hubiera olvidado la cuestión desde el momento mismo en que la planteaba, exigiendo de sus lectores que refiriesen la respuesta á una cuestión distinta de la que él mismo suscitara.

Otros han querido considerar palabras tan molestas; *si consumpti sint*, como una glosa no autorizada, de mano extraña (2). El sentimiento que los guía es, á mi ver, muy justo: es imposible que el texto sea auténtico en su estado actual. No porque esté en contradicción con las demás decisiones de las fuentes, sino porque en sí mismo lleva la prueba de su falta de autenticidad, como voy á procurar demostrar inmediatamente. Sin embargo, la hipótesis de una glosa no puede sostenerse, porque nuestro pasaje se encuentra, no sólo en todos los manuscritos, en el manuscrito florentino, y en el de la Vulgata, sino hasta en las Basílicas (50, 3, 4,

---

(1) *Pandekten*, § 151, nota 23.

(2) Por ejemplo: Vangerow, *Pandekten*, I, § 326, 7.<sup>a</sup> edición, tomo I, pág. 628; quien indica al propio tiempo toda la bibliografía de ese texto.

§ 19): todo lo cual nos permite muy bien admitir que hay *error*, pero no que haya *interpolación*.

La primer hipótesis es la que cuento defender. Contra ese texto en su forma actual presento dos objeciones.

He aquí la primera. Después de haber invocado, con ocasión del primer ejemplo, el de la lana, la razón decisiva: *quoniam in FRUCTU est*, con su consecuencia: *nec usucapi debet sed statim auctoris est*, Pablo juzga aún necesario notar que esta consideración se aplica igualmente á los corderos. Se trataba sólo de indicar á los lectores que éstos pertenecen también á la categoría de los frutos. Se comprendería que hubiera juzgado necesario mencionarlos si hubiera tenido que señalar, respecto de ellos, algo de particular que no rezase también con la lana; pero como no es ese el caso, no había necesidad alguna de explicar el principio que acababa de formular: *quoniam in fructu*, etc.; añadiendo luego el ejemplo de los corderos. No escribía, en efecto, para principiantes (el pasaje está tomado, no de un compendio de la Instituta, sino del libro LIV del Comentario al Edicto), y no trataba tampoco ex profeso de la teoría de los frutos de modo que tuviera que citar al lado de la lana todos los demás frutos de la oveja, pues si así fuera, podría preguntarse por qué no había añadido la leche.

Pero continuemos: Pablo ha estimado necesaria la advertencia. Y después de haberla hecho, añade para confirmarla: *quod verum est*. Resulta incontestablemente de esta adición que Pablo había tomado la advertencia anterior de otro jurisconsulto, porque la confirmación de una advertencia personal expresada no en forma cuestionable ó dudosa, sino de una manera categórica, sería inexplicable. Que se pregunte ahora

si es creíble que Pablo haya tomado de otro juriscónsulto esta tontería de que los corderos figuran entre los frutos, conceptuando además necesario confirmarlo con su propia autoridad. En mi opinión, eso no se puede concebir. Me inclino á pensar en que hay algo de particular en lo que á los corderos se refiere. Si Pablo se ha visto en la necesidad de hacer mención de ellos, no es para consignar la identidad de este segundo ejemplo con el primero, sino todo lo contrario; para hacer notar una particularidad que no existía más que en los corderos y no en la lana.

La segunda objeción que presento contra nuestro texto está basada en la contradicción lógica que encierra. ¿Qué se diría de la proposición siguiente: se puede obtener dondequiera el agua por nada; lo mismo ocurre con el vino cuando se paga! Ahora bien; la contestura lógica del texto de Pablo es una cosa semejante. La lana, dice, nos pertenece inmediatamente, ocurre lo mismo con los corderos; pero éstos se debe primeramente consumirlos. Si esta reserva no debe aplicarse más que á los corderos, ¿con qué derecho pudo decir Pablo: *IDEM dicendum*? Con esta restricción revoca por completo la pretendida identidad, porque *inmediatamente y después del consumo*, son cosas esencialmente diferentes, tanto que se contradicen. Si, por el contrario, la condición del consumo debe aplicarse á la lana como á los corderos, era imposible que Pablo dijese en cuanto á aquélla: *STATIM auctoris fit*, pero hubiera debido mencionar esta condición desde ese momento. En suma, el texto encierra una contradicción intrínseca. O *statim* es exacto, y entonces las palabras *idem dicendum si consumti sint* son falsas, ó éstas son verdaderas, y entonces *statim* es inexacto. ¿Dónde estará el error? Evidentemente en la adi-

ción de *si consumti sint*; sea cual fuere su redacción, esta adición implicaba indudablemente una restricción á *idem dicendum*, pero una restricción que no era posible más que para los corderos, no para la lana, y que debía, por tanto, mencionarse sólo con ocasión de los corderos, á fin de no hacer inexacta la asimilación de los dos casos. Ahora bien; si se pregunta: la lana y los corderos, ¿siempre y en toda circunstancia se consideran como frutos? No se puede responder afirmativamente de una manera absoluta más que para la lana. Los corderos no son frutos de una *manera absoluta*.

No lo son cuando se trata de la reivindicación de un rebaño que ha sido completado por el cruce, porque los nuevos corderos, en ese caso, no son *frutos*, sino *parte integrante* del rebaño. Esto se reconoce así universalmente en lo que concierne al usufructo de un rebaño. La propiedad de los corderos provinientes del rebaño es flotante hasta que el usufructuario haya decidido si los incorpora al rebaño ó se los reserva para sí. En el primer caso, cesan en el patrimonio del propietario del rebaño como partes integrantes de éste: en el segundo caso, cesan como frutos en el patrimonio del usufructuario (1): adquisición de propiedad que, por supuesto, no altera en nada el derecho personal en virtud del cual el propietario puede exigir que el rebaño sea debidamente completado (2).

La misma incertidumbre existe acerca de la venta jurídica de los corderos nacidos, y el mismo influjo de la adquisición ó de la separación de los corderos se encuentra en el caso de que el rebaño se posea por un b. f. p.

---

(1) L. 70, § 1 de usufr. (7-1).

(2) L. 68, § 2, 69, 7, pr. *ibid.*

La reivindicación del propietario se dirige al rebaño en su estado actual, y se extiende, por tanto, implícitamente á todos los corderos nacidos del ganado originario y que actualmente se encuentran en el rebaño. Precisamente esa renovación constante del rebaño por sí mismo, es lo que, al darle la apariencia de un todo permanente, de una especie de unidad natural (1), ha provocado respecto de él en el procedimiento más remoto (Gayo, IV, 17) una forma particular de reivindicación, no aplicable á las demás masas colectivas que no se completan por sí mismas (2).

Pero el reivindicante no puede comprender en su acción los corderos que el b. f. p. *no* ha incorporado al rebaño. No tiene, respecto de estos últimos, más que el crédito que le da la responsabilidad al b. f. p. para los *fructus exstantes*. Al igual, pues, que el usufructuario, el b. f. p. decide quién tendrá la propiedad de los corderos. Si los junta al rebaño, pasan al propietario como crecimiento (3); si los toma para sí—lo que puede hacer, no sólo matándolos ó vendiéndolos, sino también dejándoselos como *peculium* á su esclavo (4), ó bien empleándolos para completar otro rebaño, en suma, de manera que continúen viviendo—están *in fructus*, y á esta hipótesis es á la que se puede

(1) Lo mismo respecto del enjambre de abejas. L. 5, § 2, 4 de A. r. d. (41-1).

(2) L. 3, § 1 de Rev. (6-1). *Armamenta navis singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur*. L. 56 ibid. (V. Espir. del D. R., IV, 15.)

(3) L. 58, § 4 ad Sc. Trebell. (36-1)... *foetus pecorum, qui summissi gregem retinent*.

(4) Ese caso era precisamente, según el testimonio de los romanos, el caso más antiguo de *peculium*. V. Esp. del D. R., I, 243. Varro de L. I, v, § 95, *id enim peculium primum*.

aplicar la proposición de Pablo: *in fructiu est nec usucapi debet, sed statim emtoris fit* (1).

Se comprende después de eso cómo Pablo no podía decir simplemente: *idem in agnis dicendum est*, porque esta proposición general hubiera contenido un error. Era preciso que añadiera una frase que tuviera relación con el caso en que los corderos de que se trataba no formaran parte del rebaño, caso que él mismo no había, á la verdad, mencionado expresamente, pero que, sin embargo, era posible. Tal es el objeto de nuestra adición. Debe contener la mención del caso indicado. Pero ¿cómo? El acto por el cual el usufructuario completa el rebaño se llama *summittere, supplere, substituere*, y la primera de esas expresiones es la que parecía ser el verdadero término técnico (2). Bastaba, pues, perfectamente, á lo menos para los lectores á los cuales la obra de Pablo, *ad edictum*, se destinaba, que el autor añadiese: *si summissi non sint*, sin mencionar que se tratase de un rebaño (3). Ahora bien; si admitimos la posibilidad gramatical de la construcción, *si non*, es claro que

*si non summissi sint*

ha podido convertirse en

*si con sumpti sint.*

---

(1) Nuestras fuentes ofrecen aún un tercer caso de aplicación en la dote. L. 10, § 3 de J. D. (23-3). *Summissis in locum mortuorum capitum ex agnatis residuum in fructum maritus habeat.*

(2) Comp. en particular L. 69 y 70 de usufr. (7-1), y además L. 58, § 4, ad Sc. Trebell. (36-1), y L. 10, § 3 de J. D. (23-3). Varro, *De re rust.*, II, 2, 18; II, 3, 8.

(3) Así ocurre que la ley romana imponía de una manera



Teodoro Mommsen, á quien he comunicado esta conjetura, me ha objetado la inadmisibilidad de semejante colocación de la negación antes del participio y no antes del verbo auxiliar: no es preciso advertir que si mi conjetura tuviera la necesidad de separar uno de otro, *si* y *non*, con los que, según ella, se habría formado *si con (sumti sint)*, debería darse por vencida. Mommsen, á quien por lo demás le pareció evidente, ha cambiado, en su consecuencia, la redacción en *si non summisit*, insertándola entre las *addenda ad hunc locum* en la edición del Digesto. Aunque los filólogos competentes, á los cuales he pedido consejo, me hayan contestado que la trasposición de la negación no es gramaticalmente imposible, porque el lugar de la negación está exclusivamente determinado por el matiz que se quiera dar á la idea, y aunque *ceteris paribus*, yo preferiría á la redacción de Mommsen la mía, que además acerca el texto originario y el texto corrompido, manteniendo en una parte y en otra la palabra *sint*; sin embargo, me inclino gustoso, en esta cuestión de crítica, ante la autoridad de Mommsen. Había yo pensado también antes en *nondum*, que no daría lugar á la indicada objeción gramatical, pero Mommsen me ha objetado, con razón, que eso perjudicaría á la total correlación de las palabras.

Tomando, pues, como base, la restitución del texto propuesta por Mommsen, es claro que ha bastado una

---

general al usufructuario la obligación de *summittere*. L. 70, § 3 de usufr. (7-1), *sed quod dicitur: DEBERE EUM SUMMITTERE totiens verum est, quotiens gregis... usufructus legatus est: ceterum si singulorum capitum, nihil supplebit*. La conexión del *summittere* en el caso del rebaño no tiene duda para las gentes competentes.

ligera oscuridad en el manuscrito al ser copiado ó al ser dictado para cambiar:

SI NON SUM MI SIT

en

SI CON SUM PTI SINT.

Dado el influjo que ejerce el consumo sobre la adquisición de los frutos, creo no tiene nada de particular que hasta un jurista cayese ahí en un error, y me atrevo á advertir, si hace falta, que la misma comisión de redacción de Justiniano ha sido víctima de una equivocación en el texto de la obra de Pablo. Lo seguro es que los autores de las Basílicas y los copistas del manuscrito florentino, tuvieron el texto actual á la vista, y que, por lo tanto, el error se remonta á una época muy apartada. Quizá éste se había cometido ya en el manuscrito del cual los compiladores han tomado la L. 4 cit.; ó bien se ha producido en la traslación de ese texto á las Pandectas de Justiniano.

Esta opinión que tiene la audacia de remontar el origen de una falta de nuestros manuscritos hasta Justiniano, y más alto todavía, tiene en su favor el hecho de que —y el fin de estos estudios está fundado sobre muchas pruebas incontestables— en los materiales manuscritos que los compiladores de Justiniano tenían á la vista, había faltas, las cuales, legalizadas por ellos, han sido propagadas de común acuerdo por las Basílicas y por nuestros manuscritos (1). Cuando ve-

(1) Sobre este mismo hecho es sobre el que descansa la proposición de enmienda que hace Mommsen (Teodoro), en su edición de las Pandectas, respecto de la L. 48, § 5-6 de furt. (47-2). Como la redacción actual de ese texto se apoya á la vez

mos á Teodosio II y á Valentiniano III en su ley de citas (426), quejarse ya de la incertidumbre del texto de los escritos de los juristas clásicos (*antiquitatis incertum*), y tomar medidas para evitarlas (*libri codicum collatione firmentur*), no podemos esperar que un siglo más tarde, bajo Justiniano, la situación mejorase, antes podemos invocar el testimonio de Justiniano mismo para mostrar que también él tuvo que experimentar sus efectos. *Siglorum* CAPTIONES, dice su Const. Deo auctore, § 13. (Praef. Dig. I.) *et compendiosa AENIGMATA multas per se et per suum VITIUM antinomias introduxerunt*; por eso mismo es por lo que prohíbe para en adelante el empleo de siglas y abreviaturas. La fuente de errores se cerraba por tal modo para el porvenir, pero las faltas que anteriormente se hubieran deslizado en el texto no desaparecían por eso, y la educación jurídica y el poder crítico de la época, así como la prisa con la cual la comisión de redacción de Justiniano debía trabajar, no eran los más á propósito para poder descubrir y corregir faltas que no saltasen á la vista.

---

Terminada ya la presente disertación, tuve noticia del último escrito de Koeppen *Der Fruchterwer des Bonae fidei possesor*, Jena. En él encuentro (pág. 80, nota 180) una indicación con respecto de la opinión

---

en la autoridad de las *Basilicas* y en la del manuscrito florentino, la corrupción podría remontarse hasta el manuscrito de Ulpiano, de que se sirvieron los compiladores de Justiniano.

desarrollada anteriormente, y de la cual supo el autor por los *addenda* de Mommsen. Koeppen la combate. Cree que uno y otro hemos «perdido de vista que Pablo, que supone en la primer hipótesis del texto una enajenación de la lana de parte del ladrón, debe suponer igualmente, en la segunda hipótesis, una enajenación por parte del b. f. p., y que, por tanto, enuncia ya implícitamente la regla á la cual se refiere al fin del texto, por las palabras: *si consumti sint*, esto es, que el consumo hace al b. f. p. propietario definitivo de los frutos». La explicación que Koeppen da de nuestra L. 4, § 19 de usuc. es, que yo sepa, completamente nueva, pero, en mi opinión, poco afortunada. Está obligada á admitir, que el b. f. p. que ha hecho cortar la lana y á quien debe volver *statim* la propiedad, ha verificado con este fin una venta previa. Sólo por aquí, por el consumo que se ha producido, es como el vendedor ha adquirido la propiedad definitiva de la lana. Koeppen da la indicación de una venta, de que el texto nada dice directamente en las palabras: *usucapi non potest* del primer pasaje del texto. Es perfectamente exacto que el jurista, al hacer esta indicación, aludía al caso de venta de la lana de parte del ladrón. No podía haber lugar á la usucapión por el ladrón mismo. Pero cuando Koeppen piensa que al pasar al b. f. p. el jurista conserva la misma hipótesis de una venta de la cosa, formula, á mi ver, un supuesto que no hay modo de justificar. La oposición de los dos casos es la siguiente: la lana trasquilada por el ladrón es furtiva, la trasquilada por el b. f. p. no (*contra*). El jurista pudo no pasar de ahí, y en ese caso no se le hubiera ocurrido decir que suponía necesariamente una venta de la lana de parte del b. f. p., porque si reconocía la posibilidad de la

usucapión, no es sólo para el comprador de la lana, sino también para el b. f. p. originario. Precisamente esta idea así puesta de relieve, de la usucapión de parte del b. f. p., es la que le ha llevado y forzado á hacer todavía una adición ulterior, porque la idea era errónea, y eso es lo que ha hecho Pablo cuando añade: el mismo b. f. p. no puede usucapir la lana (*nec usucapi debet*) porque es de un modo inmediato su propiedad puesto que forma parte de sus frutos (*quoniam in fructu est... statim emtoris fit*).

¿En dónde está aquí la más leve necesidad de suponer aún una venta previa de la lana? Mas ¿cómo conciliar con eso la palabra *STATIM emtoris fit*? ¿Qué significa *Statim*, si el b. f. p. no ha vendido sino después de varios meses, ó si no ha vendido nada? Y si la propiedad definitiva no se adquiere por el b. f. p. más que por el consumo, ¿á qué mencionar como tal sólo la hipótesis de la venta y no la del consumo material?

Pero admitamos, si se quiere, que en los dos primeros casos Pablo se haya referido exclusivamente á la hipótesis de la venta. ¿Por qué juzga necesario, hablando del tercer caso, del de los corderos, añadir todavía á *idem dicendum* las palabras *si consumpti sint*? Quiero prescindir de la circunstancia, en virtud de la cual generaliza su primera hipótesis de la simple venta, para tomar la más amplia del consumo, lo que ya no está en armonía con *idem dicendum*. Pero si la hipótesis de la venta estuviese tan clara en los dos primeros casos que Koeppen me imputa una distracción por no haberlo advertido, ¿por qué necesita Pablo comenzar haciendo mención en el tercer caso de eso, y no en forma de simple repetición ó de acentuación de una condición ya expresa ó tácitamente puesta, sino como

algo completamente nuevo? Sobre todo, ¿á qué todavía esa mención de los corderos? Sobre esta cuestión, de una importancia tan capital para la inteligencia del texto según se ha visto, Koeppen nos deja sin respuesta. Las observaciones que me ha sugerido la mención de los corderos conservan, pues, todo su valor á pesar de la explicación de Koeppen. No puedo considerar como buena la tentativa por él hecha para mantener el texto actual de la L. 4, § 19 cit., y así persisto con plena convicción en la opinión expuesta.

## V

### Estipulaciones de los menores.

L. 101 de V. O. (45-1). Modestino, Lib. 4 de praescriptionibus.

*Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.*

Este texto, como es sabido, desempeña un gran papel en la teoría de la capacidad de los menores bajo curatela; y no es mucho decir si se afirma que sin él estaríamos libres de una desdichada controversia, porque todos los demás textos que se invocan también para sostenerla hablan simplemente de menores de una manera absoluta, sin mencionar la circunstancia esencial de la curatela. Ahora bien; todos sabemos que la curatela de los menores no era en Roma una institución absolutamente obligatoria.

Los menores pueden obligarse por contrato sin su curador; tal es la proposición que se supone debe contener el texto (1). La mayoría de los que la sustentan sólo hacen, teniendo presente la L. 3, Cod. de

---

(1) Según Kraut, *Vormundschaft*, II, pág. 104, Cujas fué el primero que expresó esta opinión. Hasta entonces, durante siglos, la opinión contraria había prevalecido, habiendo pasado en Alemania á las ordenanzas de policía del Imperio.

inst. rest. (2-22) esta excepción: que los contratos que tienen por objeto una enajenación no pueden producir ni efectos obligatorios, ni efectos reales, y añaden además esta modificación, que no está fundada en texto alguno, que el curador del menor «no debe pagar nada del patrimonio del menor» (1). Según esto, el menor no puede, en verdad, sin el consentimiento de su curador vender válidamente, dar, hipotecar, etc., nada de lo que tiene, pero nada hay que le impida contraer cuantas deudas quiera, disipando así su patrimonio, siempre que los acreedores, para acudir en justicia á ejecutarlo, esperen á que sea mayor. En cuanto al peligro que corren los menores, se cree salvarlo remitiéndole á la *rest. in integrum*.

Los defensores de esta opinión no pueden menos de reconocer que semejante situación está plagada de dificultades, y se estrella ante una porción de objeciones. En efecto, desde el momento en que la *rest. in integrum* basta para salvar los peligros prácticos que en sí encierra la libertad concedida á los menores para obligarse, debe ser también eficaz para sus enajenaciones. Y si la *restitutio* es suficiente, ¿qué necesidad hay, en general, de un curador?

¿Se dirá acaso que las enajenaciones son más de temer que las donaciones? El Derecho romano más bien ha opinado en sentido contrario. Creía más fácil que el hombre se deje llevar de un acto cuyos efectos no deben sentirse sino en lo por venir, que de un acto cuyos efectos se hacen sentir inmediatamente (2), y por

(1) Véase para los autores antiguos Glück, *Pandekten*, IV, pág. 75, y para los posteriores Vangerow, *Pandekten*, § 291, nota 2.

(2) Arg. L. 4, § 1, ad Sc. Vell (16-1). *Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti. Hoc ideo, quia facilius se mulier obligatquam alieni donat.*



lo que á mí concierne, creo que sería menos peligroso para el legislador permitir á los menores enajenar imposibilitándoles de contraer deudas, que disponiendo lo contrario.

Muchos que no repugnan en contraer deudas, vacilarían mucho si no pudieran procurarse el dinero necesario para sus prodigalidades, á no ser vendiendo sus bienes, ó dejando salir una á una de su casa todas las partes de su haber. Cada cosa que saliese, y hasta el mismo lugar vacío que dejara, constituiría algo así como una censura y una advertencia. Añádase á esto que semejante realización sucesiva de todas las partes de un patrimonio se advierte pronto, en sus consecuencias, por las demás personas, cuyas manifestaciones y avisos pueden, á veces, bastar para contener el mal antes de que sea demasiado tarde. Ocorre una cosa muy diferente con las simples deudas; todas las cosas siguen como estaban; nada recuerda de una manera tan desagradable lo que haya desaparecido del patrimonio y lo que queda, y nadie, fuera del usurero que adelanta los fondos, tiene noticias de la verdadera situación. En suma, la enajenación es psicológicamente menos peligrosa que las deudas.

¿Podrá admitirse que para proteger al menor contra los peligros de la prodigalidad, el Derecho romano haya cerrado el camino menos peligroso, dejando en cambio abierto el que lo es más? Valdría esto tanto como si una ley declarase no obligatorias las simples promesas suscritas por los menores, y quisiera, por el contrario, declarar obligatorias sus letras de cambio. ¿Qué significado tendría, en verdad, la prohibición de enajenar si los menores tuvieran libertad para contraer deudas? Estas no son más que una forma especial de enajenación, porque tienen ésta como conse-

cuencia necesaria. El que no puede pagar sus deudas ve enajenar los bienes por la justicia; la única diferencia estriba en que en ese caso la enajenación es forzosa en lugar de ser voluntaria. La prohibición de enajenar, para los menores, entraña, pues, necesariamente la de obligarse, *nam alioquin inventa erit alienandi ratio*, como dice la L. 5, § 5 de reb. eor. (29-9). Conceder á los menores la posibilidad de contraer deudas, es paralizar por completo en sus resultados la prohibición de enajenar.

Decir que el curador puede oponerse á la enajenación forzosa, equivale á emitir una afirmación que nada prueba, y que se encuentra en abierta contradicción con otros principios del Derecho romano. En efecto, desde el momento en que la deuda del menor ha sido válidamente contraída, lo demás, es decir, la acción y la ejecución contra el deudor, se caen de su peso (1), por lo que sería necesaria una disposición especial del Derecho romano para matar esta consecuencia imprescindible de una obligación válidamente contraída; ahora bien, tal disposición no existe. Y aun cuando existiese, no tendría utilidad alguna, porque no impediría al menor disipar su patrimonio. Antes bien obraría en sentido contrario, porque mientras durase la menor edad, estaría seguro, no obligándole nada á temer por el porvenir. Los acreedores no se sentirían acobardados tampoco, porque sabrían por

---

(1) He ahí por qué el *decretum de alienando* requerido para la enajenación de los bienes pupilares no se exige, como es sabido, para las enajenaciones necesarias: ahora bien; son necesarias todas las enajenaciones á que da lugar una obligación válidamente contraída, por ejemplo, la venta consentida por el autor del pupilo. L. 5, § 6 de reb. eor. (27-9), la venta forzosa á causa de insolvencia. L. 3, § 1, *ibid.*

adelantado exactamente la época en la cual serían pagados, con lo cual echarían sus cuentas. En definitiva, el menor quedaría exteriormente en posesión de su patrimonio mientras durase la curatela, y á la entrada en la mayor edad se encontraría reducido á la miseria.

El Derecho romano, prescindiendo por el momento de nuestra L. 101 cit., ¿ofrece otro argumento, cualquiera que él sea, que permita atribuirle un sistema tan completamente frustrado, mejor, tan francamente absurdo, desde el punto de vista legislativo? Se debe responder que no de un modo categórico. Ninguno de los textos que proclaman la plena capacidad para obligarse de los menores (1), menciona á este propósito la circunstancia tan esencial de que los menores á que se refieren, deben considerarse como si estuvieran en curatela. Ahora bien ; como entre los romanos había dos categorías de menores *personae sui juris*: los menores *con* ó *sin* curadores (2), no sólo podemos, sino que debemos referir esos textos á la segunda categoría: de otro modo podríamos y deberíamos, en todos los textos que hablan de actos jurídicos de los menores, suponer la presencia de un curador, por ejemplo, hasta en la L. 47, § 1 inf. de min. (4-4), que reputa válidas las enajenaciones de los menores. Por el contrario, todos los textos que hablan determinadamente de los menores bajo curatela ó de su curador, se expresan de modo que rechazan la idea de una vocación ó de un funcionamiento parciales sólo

---

(1) L. 43 de O. y A. (44-7); L. 141, § 2 de V. O. (45-1); L. 2, § 1 de pollic. (50-12); L. 12 Cod. de jure delib. (6-30), y varias otras que se encuentran citadas en Vangerow, *Pandekten*, I, § 291, nota 2.

(2) § 2 J. de curat. (1-23). *Inviti adolescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem.*

del curador en cuanto á la administración del patrimonio. La necesidad de la curatela está fundada en el pr. Just. de curat. (1-23); en que los menores *licet puberes, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint*. Ahora bien; entre las *negotia* (1) para las cuales los menores no tienen aún la madurez necesaria; ¿no hay más que las enajenaciones? ¿Se puede decir que la madurez, el conocimiento de los negocios, la firmeza de carácter, etc., no empiezan para la enajenación hasta los veinticinco años, en tanto que existen para todos los demás actos de administración desde los catorce años? Los autores de la Instituta, cuyas ideas claras acerca de un punto tan sencillo es preciso admitir, ¿hubieran podido expresarse de una manera tan general si hubieran tenido en su mente una restricción tal, destructora de la regla que enunciaban?

Si el motivo que hace la curatela necesaria no implica una restricción semejante, ésta no se armoniza de ningún modo con la decisión general de Ulpiano en la L. 1, § 3 de minor. (4-4), sobre el poder del curador y la subordinación del menor: *Curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus*. Era preciso también que Ulpiano no conociera la posición jurídica de los menores, ó que su descripción estuviese en la más flagrante de las contradicciones con el estado real de las cosas, porque nadie pondrá en duda que *rei suae administratio* comprende, no sólo las enajenaciones, sino todos los actos relativos al patrimonio. Lo mismo ocurre, por fin, con la decisión de Diocleciano en la L. 3,

---

(1) Teófilo, 1, 23, pr. se sirve de expresión aún más precisa: *duxit ut suum servare non possint*. Ulpiano, XII, 4, y Gayo, I, 199, se sirven de la palabra *negotia*.

Cod. de in int. sut. (2-22), que define la posición de *minor curatorem habens*, diciendo que *non absimilis ei habeatur, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est*. ¿Cómo podrá la posición patrimonial del menor tal cual yo la entiendo, designarse de una manera más precisa y más incisiva que en virtud de esta asimilación entre él y el pródigo judicialmente interdicto? La Instituta, las Pandectas, el Código, todos están de acuerdo para decir que la función del curador es universal, ¿y debemos, á pesar de ello, creer que no tiene sino un destino parcial? Se nos enseña que el curador tiene la misión y el poder de cuidar y guiar al menor; ahora bien, sin embargo de esto, ¿deberemos suponer que presenciaria impotente de qué manera el menor disipaba su patrimonio contrayendo deudas?

A esas decisiones de las fuentes que trazan de una manera general la posición del menor y de su curador, se añaden, como es sabido, algunas que se refieren á casos especiales de obligación, para los cuales se menciona expresamente la necesidad del consentimiento del curador. La aceptación de una sucesión no se considera como una enajenación. El menor no necesitaría, en tal supuesto, consentimiento del curador. Sin embargo, la L. 26 C. de adm. tut. (5-37) supone esa necesidad. Lo mismo ocurre con la L. 2 C. qui legit. pers. (3-6) para intentar un pleito el menor, no siendo preciso advertir que no basta para explicar esta disposición invocar el punto de vista de la enajenación. Por fin, la L. 60-61 pr. de jur. dot. (23-3) disponía exactamente lo mismo en lo que concierne á la constitución de la dote por parte de la mujer menor. Preciso es convenir que tampoco esto se armoniza en modo alguno con la supuesta capacidad libre para obligarse de las menores, porque una dote puede con-

sistir, no sólo en objetos determinados, sino también en dinero, esto es, constituida sin enajenación en el sentido de la teoría indicada, mediante la simple creación de una deuda en metálico.

A estas razones, que no tienen la pretensión de la novedad, se puede añadir otro argumento tomado de la historia, que no ha sido, que yo sepa, presentado por nadie. La *cura minorum* fué, como es sabido, introducida por la ley Plaetoria, con ocasión de la disposición penal mediante la cual esta ley trataba de impedir que las menores fuesen lesionadas en los contratos (1). El que quería asegurarse contra el peligro que le amenazaba del *judicium publicum* (es decir, *populare*) *legis Plaetoriae*, debía solicitar el nombramiento de un curador para el menor. La responsabilidad del contrato así verificado recaía sobre el curador.

Como ejemplos de actos jurídicos en los cuales era preciso prevenirse de esta manera, se citan el préstamo (2) y la estipulación (3). No dudo un instante de que la ley tenía que aplicarse igualmente á las enajenaciones del menor, y no es menos cierto que se aplicaba también á la estipulación, aun cuando no estuviera mencionada *in terminis* (lo que parece resultar de la cita de Suetonio, nota anterior). Este punto es para nosotros de una importancia decisiva. Resulta de él, en efecto, que el curador de la ley Plaetoria,

---

(1) V. Espr. del Derecho Romano, tomo IV.

(2) Plauto Pseudol.: I, 396. *CREDERE metuunt omnes*.

(3) Prisciano, libro XVIII, cap. IV: *Suetonius autem passive protulit in quarto Praetorum: Plaetoria, quae velat minorem annis XXV stipulari*, cap. XIX: *Suetonius in quarto Praetorum: minor XXV annorum stipulari non potest, passive dixit*. El sentido de la palabra *velat* en el primer texto no necesita comentario después de lo dicho antes.

según el destino que la ley le daba, debía ser nombrado aun en el caso en que, según la L. 101, la cooperación del curador, ya en funciones, se presumiese inútil. La contradicción que existe entre esta opinión y toda la historia de la curatela es flagrante. Según la ley *Plaetoria*, era preciso nombrar un curador aun para una simple estipulación que se quisiera pactar con un menor. Según esta opinión, por el contrario, el curador ya establecido y encargado de toda la administración del patrimonio, no tendría nada que ver en la estipulación. En otros términos: el que no tenía curador se veía indirectamente obligado por el acreedor á hacer que se le nombrase uno; pero, en cambio, el que ya lo tenía... ¿no estaba obligado á hacerle intervenir! Pero ¿qué hacer entonces cuando, por temor al *judicium legis Plaetoriae*, el acreedor no quería contratar con un menor sin la intervención del curador? ¿No les quedaba á las partes otro recurso que presentarse ante el pretor y pedirle añadir al curador general de la L. 101 citada, que no tenía nada que ver en la estipulación, un curador especial para ésta?

La explicación que nuestros adversarios dan de la L. 101 citada lleva de este modo á un resultado que debe ser calificado de francamente imposible desde el punto de vista histórico. Siendo, como es, innegable que todo el desenvolvimiento de la curatela se halla dominado por una constante tendencia á aplicarse y extenderse, sería preciso admitir, sin embargo, que la relación en vista de la cual había sido establecida en el origen, había sido sustraída más tarde á la competencia del curador; y comprendo aquí, no sólo la estipulación, pues abarca además el *credere* de Plauto, los contratos obligatorios en general, en una

palabra, las deudas. La curatela tenía que haberse separado de la vía correcta donde se encontraba desde un principio, para entrar en esta vía tan absurda desde el punto de vista legislativo, que creo dejar bien caracterizada antes. Nadie negará que para introducir una medida que tan esencialmente cambiaba la base legal de la *lex Plaetoriae*, era preciso una disposición de la ley, que en vano buscaremos.

Puesto que la L. 101 cit. no puede contener la regla que en ella se quiere señalar, y si siempre estuvo permitido en la ciencia rechazar lo que es intrínsecamente imposible, ¿por qué no hemos de proceder aquí del mismo modo? Supongamos que se encuentra en nuestras fuentes un texto que diga: «Los contratos de los locos tienen fuerza obligatoria.» O bien: «aunque sea sin testamento, se puede, por un simple *pactum*, instituir un heredero.» ¿Dudaría nadie en declarar ese texto como apócrifo y en rechazarlo por motivos intrínsecos?

Tal es el sentimiento, perfectamente justo á mi ver, que desde la época de los glosadores hasta el día, ha impulsado á la mayoría de los juristas á declarar imposible la regla que sus adversarios quieren encontrar en la L. 101 cit. Es preciso añadir, es verdad, que los ensayos intentados por ellos para dar al texto un contenido menos problemático no son nada felices. La mayoría son forzosa y abiertamente insostenibles (1). Según uno, sería preciso intercalar la palabra *non*; pero no perderé mi tiempo en refutar esta proposición. Según otro, el texto habla de menores sin curadores, como si el texto dijese: *puberes sine curatoribus*, sien-

---

(1) Me remito al artículo de Marezoll, en *Zeitsch. f. Civil u. Pr.* II, pág. 376 y siguientes, donde esos ensayos se enumeran y refutan. V. nota sumaria en Vangerow. *Lerbh.*, I, § 290, nota 2.



do así que las palabras *sine curatoribus suis* muestran claramente que se trata de menores bajo curatela. Un tercero cree que el texto alude á los curadores ausentes: como si la ausencia del curador hiciera del menor un mayor. Un cuarto quiere cambiar *obligari* por *obligare*, lo que valdria tanto como atribuir al jurista una tontería. Según una quinta opinión, que Marezoll, no menciona (1), la L. 101 contiene el derecho primitivo derogado luego por la L. 3 Cod. de in int. sest. (2-22) de Diocleciano.

Pero aun en esta hipótesis, el derecho antiguo resultaría restablecido con la inserción de la L. 101 en las Pandectas, y como los dos textos no entrañan una contradicción absoluta, sería necesario aún armonizarlos entre sí desde el punto de vista del Derecho de Justiniano, opinión ésta, que por lo demás sostienen nuestros autores.

Una sexta opinión, en otro tiempo muy extendida, quiere referir la decisión de Modestino á los contratos relativos sólo á la persona, y no al patrimonio del menor, en particular á los sponsales y al matrimonio. No hay sino que el texto no habla de contratos, sino de estipulaciones, y el matrimonio no se contrae por estipulación. En cuanto á los sponsales, bastaba en la época clásica el simple consentimiento (2), y en el único caso en que podía mediar una estipulación, en la promesa de una pena convencional para el caso de ruptura (3), era nula. Todas las demás obligaciones

---

(1) V. las noticias del D. A. Weber. *Natürliche Verbindlichkeit*, § 72, núm. 73.

(2) L. 4 de spons. (23-1).

(3) L. 134 pr. de V. 6 (45-1)... *quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta.*

personales en que pudiera aún pensarse; por ejemplo, compromiso de un doméstico, engendran, según el Derecho romano, en el caso de incumplimiento, una acción de daños y perjuicios; dejaban, pues, libre á la persona para atacar el patrimonio, de suerte, que no hay un solo caso en el cual, según el Derecho romano, el menor hubiera podido obligar su persona sólo, sin que tal obligación no alcanzase eventualmente á los bienes.

Las opiniones de Cocceji (1) y de Puchta (2) quedan completamente aisladas y sin partidarios. El primero se ha dejado llevar á la afirmación aventurada de que la estipulación era tan sólo un medio de confirmar una obligación ya existente, por lo que se ha podido permitir sin peligro á los menores la *sponsiones*, puesto que por ellas no se obligan á más de lo que ya lo estuviesen antes, en virtud de la obligación preexistente. A pesar de todo, yo creo que Cocceji se ha aproximado muchísimo á la opinión que conceptúo como exacta y que luego defenderé. Aun cuando no me haya sido sugerida por él, sino que, muy al contrario, sólo haya tenido noticia de ella largo tiempo después de haber formado la mía, es incontestable que bastaba seguir lógicamente el impulso por él dado, para llegar á la verdad. Pero este impulso ha sido tan poco sentido por todos los autores posteriores, que el autor contemporáneo que más se ha ocupado en esta cuestión, Marezoll (l. c., pág. 380) declara que ni siquiera ha comprendido la opinión de Cocceji.

Una de las tentativas de explicación menos admisi-

---

(1) *Jus civile controvers.*, II, 14-31.

(2) *Cursus der Institutionen*, II, § 208, nota aa, y *Pandekten*, § 51, nota d, *Vorlesungen ad h. C.*

ble, es la de Puchta. Según él, el texto aludiría únicamente á la capacidad abstracta del menor, lo que se armonizaría muy bien con la necesidad del consentimiento ulterior del curador. Esta opinión equivale á tanto como si se dijera: ¡El menor puede muy bien obligarse, pero su obligación es nula!

---

Consideremos, pues, el texto más de cerca. No dice: *puberes ex stipulatu OBLIGANTUR*, sino *POSSUNT obligari*. Ahora bien; eso no quiere decir: están absolutamente y siempre obligados, sino que *es posible* que estén obligados; en el fondo depende todo de las circunstancias. Tal es lo que ya habían reconocido muy exactamente los defensores de la opinión que quería referir el texto á los contratos puramente personales del menor. Sólo habían cometido el error de referir la decisión de Modestino á una relación distinta de la que se trataba. Marezoll, l. c., pág. 382, observa que esta explicación es absolutamente forzada, y que en muchos textos análogos las palabras *obligari posse* están empleadas como equivalentes de *obligari*, y que no contienen ninguna restricción. Sólo que para fundarlo no ha invocado más que un texto: la L. 43 de O. y A. (44-7), cuya fuerza probatoria puede además discutirse. A ese texto, opongo por mi parte otro, al cual no podrá dirigirse esa censura, y en el cual, por el contrario, la palabra *possunt* está empleada indiscutiblemente en el sentido que le atribuimos para la L. 101 cit. Es la L. 13 de O. y A. (44-7): *In factum actiones etiam filii familias POSSUNT exercere*. Se sabe perfectamente que los hijos de

familia no pueden intentar todas las acciones *in factum*; de otro modo, su incapacidad de obrar hubiera desaparecido por completo; porque en esta hipótesis, no sólo hubieran podido intentar todas las acciones del edicto del Pretor, por ejemplo, hasta la *actio doli* y la *actio hypothecaria*, sino que también se hubiera podido concederles todas las acciones civiles, revistiéndolas de la forma de las acciones *in factum* (1). Las palabras *possunt exercere* tienen, pues, un sentido restringido; así no nos equivocaremos traduciendo el pensamiento del jurista en estos términos; un hijo de familia no puede intentar una *actio in jus concepta*, porque, según el Derecho civil, es imposible un *jus* á su cargo: pero este obstáculo no existe para las acciones *in factum*, por lo que siempre que sea necesario darle excepcionalmente una acción (2), es preciso elegir la forma de la *actio in factum*.

Se trata de la idea misma de una posibilidad excepcional modificadora del principio general de la imposibilidad, que nuestra L. 101 expresa, por supuesto, no para los contratos, sino para las estipulaciones. *Puberes sine curatoribus suis possunt EX STIPULATU obligari*, es decir, los menores no pueden obligarse regularmente por contrato, pero pueden por estipulación según las circunstancias. Y aun aquí, no se obligan absolutamente; la palabra *possunt* lo demuestra. De otro modo sería preciso *obligantur*.

(1) Como, en efecto, se hacía en caso de necesidad, principalmente cuando el padre estaba impedido para intentar la acción en interés de sus hijos bajo su poder, por ejemplo, la *actio mutui* (L. 17 de R. Cr., 12-1), *actio furti*, *legis Aquiliae* (L. 18, § 1 de judic., 5-1) y otra. Véase Von Bethmann Hollweg, *Röm Civilprozess*, II, 323, nota 86.

(2) Véase acerca de esto, Von Bethmann Hollweg, l. c.

¿Cuál es el fundamento de esta excepción hecha para la estipulación, y de qué condiciones depende? La estipulación se diferenciaba de todos los contratos llamados materiales ó de fondo, en que podía, no sólo, como estos últimos, crear una obligación nueva, sino también novar una obligación ya existente. En este último respecto, producía sólo un efecto de forma: cambiaba la *causa debendi*, pero en el fondo ninguna obligación nueva se establecía; el deudor no resultaba gravado de un modo superior á como antes lo estuviera. En un contrato material ó de fondo, eso no es posible. No se puede comprar, arrendar, prestar, dar ó aceptar un mandato, etc., etc., sin asumir una obligación absolutamente nueva, y tal es precisamente la razón por la cual el Derecho romano, para lograr el fin que se proponía en la curatela de los menores, debía hacer depender los contratos de ese género del consentimiento del curador. Lo mismo debía pasar exactamente con las estipulaciones en cuanto fueran empleadas para obtener el mismo efecto, pero suponía tanto como rebasar sus límites el admitirlo para aquellas que no gravasen materialmente al menor. Sea la ley *Plaetoria*, como podría afirmarse en vista del texto de Prisciano, ya citado, la que ha mencionado las estipulaciones de los menores, ó bien los juristas al aplicar á ese caso la prohibición legal concedida en términos generales, siempre resultará que se comprende muy bien que Modestino haya puesto á la ley la restricción indicada, en virtud de la *ratio legis*. Según la indicación del texto, está éste tomado del libro IV de Modestino, de *praescriptionibus* (1), y la única

(1) El *Index Florentinus* no cita los libros de esta obra: los otros cuatro fragmentos que han sido tomados por las Pandectas

correlación que ha podido existir entre su contenido y esta obra, es que Modestino trataría en esta ocasión de la *praescriptio* ó *exceptio legis Plaetoriae* cuya introducción se debe, no, en verdad, á la ley misma, sino al desenvolvimiento lógico que ha recibido en la práctica subsiguiente (1). Esta acepción, ¿no era aplicable (como una *exceptio doli speciali* calificada) más que cuando un menor que no había hecho que se le nombrase tutor había sido *engañado*, ó bien lo era también (como *exceptio doli generalis*) cuando la intervención del curador del menor, designado, ya especialmente ya en general, hubiera sido eludida para la conclusión del contrato? En este punto no tenemos indicación alguna, mas por mi parte tengo la segunda hipótesis por la más verosímil. En efecto, como la *lex Plaetoria* era una *lex minus quam perfecta*, es decir, que no había sancionado la observancia de sus prescripciones con la nulidad, sino sólo con una pena, no es admisible que se haya podido, más tarde, recurrir también á la nulidad, al lado de la *exceptio*, que bastaba de un modo perfecto. La excepción nos consta, mientras nada sabemos de esta nulidad, y así no veo por qué el menor en curatela no había de poder *exciper* por la falta á la ley Pletoria, al igual que el menor sin curador. Este decía para defenderse: «Me habéis engañado; el otro dice: habéis tratado conmigo á espaldas del curador establecido por la *lex* para protegerme.» En el primer caso, el juez debía, para decidir sobre la excepción, entrar en el examen de la demanda misma,

---

(Hommel, *Palingenesie*, I, 493) lo designan con el nombre de *Liber singularis de praescriptionibus*.

(1) V. Esp. del D. R., IV. A esta misma excepción se refiere la L. 7, § 1 de exc. (44-1): *Rei autem coherentes exceptiones... aut pro minore xxv circumscripto*.

no podía estatuir separadamente sobre la excepción. En el segundo caso, por el contrario, esta decisión previa era, no sólo posible, sino indispensable, porque hubiera sido absurdo tratar del fondo del contrato y de las prestaciones recíprocas sin que antes se decidiera si el menor había contraído asistido ó no del curador. Esta última cuestión formaba, pues, de un modo necesario el objeto de una instrucción previa, de un procedimiento preparatorio, y la forma técnica de semejante procedimiento sobre una excepción de ese género opuesta por el demandado era, como es sabido, en el antiguo procedimiento formulario, la *PRAESCRIPTIO pro reo* (1). ¿Es, por tanto, cosa de puro azar el que el texto que concierne al primer caso (la L. 7, § 1 de exc. ut.) emplee la expresión *exceptio*, mientras que el que se refiere al segundo caso emplea lo de *praescriptio*? No lo creo así.

En semejante caso, cuando la *praescriptio legis Plaetoriae* se oponía y el juez estaba convencido de que el contrato había sido celebrado sin intervención del curador, ¿debía pura y simplemente rechazar la acción? Modestino examina esta cuestión y responde de la manera siguiente. Reproduzco su argumentación completándola. La *lex Plaetoria* no ha llegado á suprimir en absoluto la capacidad de los menores en curatela, hasta el punto de que todos sus contratos realizados sin curador fuesen nulos, como los de los impúberes. En efecto, el menor, desde el punto de vista de sus relaciones personales (esponsales, matrimonio, elección de una profesión, etc., y hasta el testamento), es

---

(1) Gregorio IV, 133. El texto de Gayo no sigue después de la indicación del primer ejemplo. Si tuviéramos la continuación acaso tendríamos una referencia directa acerca de la *praescriptio legis Plaetoriae*.

completamente independiente. La intención de la ley es sólo la de garantizarle por la asistencia del curador contra el peligro de una enajenación ó de compromisos ligeros ó irreflexivamente contraídos sobre su patrimonio. La prescripción de la ley debe, pues, cesar, según su espíritu, respecto de todos los actos del menor que no perjudiquen á su patrimonio, y, por consiguiente, también respecto de una estipulación que materialmente no grave al menor, es decir, que se limite á novar una obligación preexistente.

Figurémonos la situación prácticamente. El acreedor procede en virtud de la estipulación; el menor, ó en su caso el curador, opone la *praescriptio* (en el procedimiento posterior: la *exceptio*) *legis Plaetoriae*. Desde luego incumbe al demandante (1) establecer que en el caso presente, la estipulación no grava materialmente al menor, es decir, que no hace más que novar una obligación válida existente entre ellos. Si no procura esta prueba, su pretensión es denegada. En el caso contrario, el menor es condenado, y de este modo se verifica la proposición: *puberes sine curatoribus suis possunt EX STIPULATA obligari*.

La decisión de Modestino está fundada sobre la regla general, según la que la restricción de la capacidad en favor del interés *material* de una persona, no debe ser aplicada á los actos que no tienen sino una importancia formal. Los jurisconsultos romanos han aplicado esta regla en más de un caso sin formularla expresamente. El curador no puede hipotecar sin decreto, pero si la cosa estuviese ya hipotecada y para librarse del acreedor hipotecario el curador contrae deuda con

---

(1) En efecto, es él mismo quien debe en caso de pago efectuado por el menor, probar la deuda, con respecto á la *conditio indebiti*, L. 25, § 1 de prob. (22, 3).



otro, constituyendo á favor de éste una nueva hipoteca, esta constitución de hipoteca, ilegal en sí misma, se mantiene por una *exceptio doli* (1), porque la cosa del menor queda tan gravada como lo estaba antes. La fidejussión de un esclavo era en general nula (2), porque, y en tanto que asume de este modo una obligación que no le concernía; pero si la obligación sólo le era extraña formalmente, siéndole la propia materialmente, es decir, se refiere á su peculio, aquella era válida (3). Cuando un hijo de familia, decía Ulpiano en la L. 3, § 3 ad. se Maced. (14-6), nova una obligación válidamente contraída por él, es decir, una obligación que no sea una deuda, la acción del acreedor no puede ser rechazada por la *exceptio Seti Macedoniani: licet cooperit esse MUTUA PECUNIA, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatusconsultum*, en otros términos: el préstamo simplemente *convenido*, que no aumenta en nada el pasivo actual, no cae bajo la prohibición del préstamo *real: nam pecuniae DATIO perniciose parentibus eorum visa est*. Un pago arrancado por medio de amenaza al deudor, es formalmente un *metus causa gestum*, y, sin embargo, según la L. 12, § 2 quod. met. c. (4-2), Juliano niega la *actio quod metus causa: propter naturam metus causa actionis, quae DAMNUM exigit*. Lo que equivale á decir: en el fondo, el deudor nada ha perdido, porque el pago de su deuda no hace que sufra cambio alguno el estado de su patrimonio. Modestino pudo decir exactamente lo mismo en el caso indicado: en el fondo, el menor nada pierde por la novación; su pasivo continúa siendo el mismo.

(1) L. 7, § 5 de sib. cor. (27-9).

(2) L. 20 de fidejuss. 46-1) ... *cum servus fidejussionis nomine obligare non possit*.

(3) L. 3, § 5; L. 47, § 1 de pec. (15-1).

Se me dirá: si Modestino se refiere á las novaciones celebradas con los menores, ¿por qué no ha empleado pura y simplemente la palabra *novatione*, en lugar de la expresión indeterminada *ex stipulatu*? A lo cual contesto: porque no trataba de la teoría de la novación, sino de la prohibición de la estipulación directamente fijada por la *lex Plaetoria*, ó á lo menos, fundada en esta ley: *Quae vetat minores XXV annis STIPULARI*. Esta prohibición, concebida en esos términos generales, era falsa, según él. Desde el punto de vista del Derecho de Justiniano, se podría acaso objetarme que el fragmento de que se trata está colocado bajo el título: *de verborum obligationibus*, y no bajo el título *de novationibus*. El argumento tiene... dos filos. En efecto; si la inserción de un fragmento bajo un título determinado tuviese una importancia decisiva, el texto de que hablamos, para que dijese lo que ordinariamente se pretende que diga, hubiera debido estar colocado bajo el título: *de obligationibus et actionibus*, como la L. 43 y 36 de ese título, que hablan de la capacidad para obligarse de las personas bajo tutela. Ahora bien; precisamente el título bajo el cual está colocado el pasaje de Modestino tiene importancia para mi opinión, porque nos permite sostener que su pasaje se refiere exclusivamente á la estipulación. Si en lugar de la expresión *ex stipulatu*, Modestino hubiera empleado la palabra *novatione*, los compiladores probablemente hubieran colocado el texto bajo el título: *de novationibus*. La expresión *ex stipulatu*, empleada por él, los llevaba á incorporarla al título *de verborum obligationibus* y á reconocer por este hecho mismo su relación exclusiva con la estipulación.

\*  
\* \*

Nada más tengo que añadir á esa explicación de la L. 101; pero no puedo dejar de examinar de una manera detenida la tesis que implica, á saber: que los menores no pueden obligarse sin sus curadores.

Si esta tesis es cierta, ¿qué recurso le queda al médico, á quien el menor enfermo ha hecho llamar, sin intervención previa de su curador, ó al farmacéutico que le ha preparado los medicamentos? Cuando sus servicios se soliciten, ¿deben asegurarse jurídicamente de si la persona que los pide está bajo curatela, y en ese caso, exigir de antemano el consentimiento del curador? Esto es absolutamente imposible en la práctica. Pero si no lo hacen, y prestan sus servicios, el curador ó el menor, convertido ya en mayor, ¿podrán más tarde rechazar su reclamación, invocando al efecto la regla indicada? Sería esto una injusticia y un rigor, tales que, al fin y al cabo, llegarían á perjudicar sobre todo al menor, porque quienquiera que hubiese hecho una sola vez la experiencia, se guardaría muy bien de contratar de nuevo con ellos, y ocurriría exactamente lo que la L. 24, § 1. de minor (4-4) prevé como resultado natural de una concesión demasiado amplia de la *rest. in integrum* á la moción sin curador: *magno incommodo hujus aetatis homines adficerentur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdiceretur* (1). Ahora bien; como es imposible que el curador siga al menor paso á paso, el Derecho debe cuidar de que pueda realizar por sí mismo, en ausencia del curador, los contratos de la vida

---

(1) Análogas expresiones en la L. 7, § 8 *ibid.* *Quod circumspecte erit faciendum: ceterum nemo accedet ad emtionem rerum pupillarum, nec si bona fide distrahantur*, y en la L. 2, Cód. de neg. gest. (2-19), á propósito de la *act. neg. gest.* contra el pupilo: *EX UTILITATE IPSORUM receptum est.*

habitual, sin los cuales no puede existir. El curador no puede seguir al menor á la Universidad, buscarle un alojamiento, comprar los libros necesarios, etc., etc.: debe por necesidad dejarlo entregado á sí propio. Y aun cuando viva con él, es imposible llamarle precisamente antes, si los auxilios médicos le son precisos; no puede ir con el joven oficial al taller del sastre, ni con su pupila en casa del comerciante de modas, para dar su aprobación á las compras que se les ocurra hacer (2). En suma, es absolutamente indiscutible que la regla según la que los menores no pueden obligarse sin sus curadores, debe sufrir una restricción esencial, y así como Modestino ha exceptuado de la prohibición las estipulaciones, así también debemos exceptuar todos los contratos materiales cuya realización por el menor se halle impuesta por la fuerza de las cosas.

¿Cómo justificar esta restricción? Puede elegirse entre varios medios. Se puede, en primer lugar, tomar en consideración el hecho de lucrarse injustamente, como hace la L. 5 pr. de auct. tut. (26-8), respecto de las convenciones que el tutor ó un tercero concluye con su pupilo: *nam in pupillum non tantum tutori verum cuius actionem, in quantum locupletior factus est, dandam Divus Pius rescripsit*. El jurista llega en este texto hasta sostener un préstamo que el tutor ha hecho al pupilo. Como es sabido, se daba

---

(2) Aludo en el primer ejemplo á una decisión citada por Bucka y Budde, *Entscheidungen des Meckl. O. A. Gerichts*, tomo I, núm. 10, en la cual el tribunal había «rechazado la acción *a limine iudicii*», porque «para justificar la demanda se había limitado á alegar que los objetos comprados se relacionaban con las necesidades profesionales de la posición del oficial».

también con el mismo fin la *actio negotiorum gestorum* contra el pupilo. *Contra impuberes quoque*, dice la L. 2, Cód. de neg. gest. (2-19), *si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem EX UTILITATE IPSORUM receptum est*. Ahora bien; si el que *urgentibus necessitatis rationibus* cuida de los negocios del menor en su ausencia, por ejemplo, paga sus contribuciones, procura que se hagan las reparaciones necesarias en su casa, obtiene en tal respecto una acción de reembolsos de sus adelantos, lo mismo debe ocurrir con aquel que, en ausencia del curador, presta dinero al menor para pagar sus contribuciones, al que hace un pago de su orden, y el artesano á quien el menor mismo ha obligado á acudir para ejecutar la reparación. En cuanto á la elección de la acción no tenemos motivos para vacilar. La *actio* de que habla la L. 5, pr. cit. no es evidentemente una acción general para todos los contratos celebrados con un pupilo: es la acción que nace del contrato especial, con la diferencia de que en este caso, independientemente de las demás condiciones, exigía la del lucro, al igual que las demás acciones que se denominan *adjectitiae qualitatis*. Podría uno sentirse inclinado á restringir la consideración del lucro á la conservación y acrecentamiento del *patrimonio* sin aplicarla á los servicios prestados á la *persona* del menor, tales como los auxilios médicos, instrucciones, cuidados de su persona. Mas sería esto manifiestamente erróneo en mi concepto, porque el pago de los gastos *necesarios* (1) por

(1) L. 3, § 2 de in rem verso (15-3)... *ut aut meliorem rem dominus habuerit AUT NON DETERIOREM*. L. 47, § 1 de solut. (46-3)... *nam hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est*.

otro implica lucro, importando poco que tales gastos se refirieran á la persona ó á las cosas (1), y si el dueño de la casa donde vive el menor, que en un caso de enfermedad repentina y grave de su inquilino ha hecho venir al médico y á una enfermera, puede por medio de la *actio neg. gest.* reclamar el reembolso de los honorarios satisfechos á esas dos personas, hasta donde llegue el concepto del lucro posible, es decir, por el todo, esas dos personas mismas deben igualmente tener una acción en el caso en que hubiesen sido llamadas, no por un tercero, sino por el propio menor (2).

Otro medio lo tenemos en el deber indiscutible de tratar de hacer frente á todos los gastos exigidos por el interés del pupilo (3). Si el tutor tiene la obligación *ut in primis mercedes praeceptoribus non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet* (L. 12, § 3), si debe cuidar de que el pupilo sea servido conforme á su rango (L. 13 pr., cit.) etc., sería absurdo dar al curador del menor el

(1) L. 3, § 3 *ibid.*... *ut se ALERET ET VESTIRET secundum consuetudinem domini... idem erit et in FILIO.* L. 3, § 1 de in rem verso (15-3). L. 25, § 16 de her. pet. (5-3)... *penum hereditarium ebibit (edit? vinum ebibit?)... in id factus locupletior videtur, quod solebat ipse erogare...* Tal ocurre también respecto del servicio doméstico. L. 26, § 12 de cond. ind. (12-6)... *posse condici, quanti operas essem conducturus.* Arg. L. 11, § 4 de minor. (4-4)... *si minor sibi servum necessarium comparaverit.*

(2) Así ocurre que en la L. 64, § 7 de cond. ind. (12-6) se otorga una *condictio indebiti* á aquel que por error ha concedido á otro el uso gratuito de una casa... *quanti tu conducturus fuisses...* (L. 9, pr. de donat. (39-5)... *id enim ipsum caperi videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitationes non solvit.*)

(3) L. 12, § 3 de adm.; L. 13, pr. § 2 (26-7); L. 4, Ubi pup. (27-2); L. 1, § 2 de tut. act. (27-3).

derecho de negar su asentimiento á las medidas tomadas en su ausencia por el menor mismo, cuando eran exigidas por su posición. Antes al contrario, debe obedecer á la misma ley que el dueño del negocio en cuanto á la ratificación de la *negotiarum gestio*: debe ratificar los actos necesarios: *quod utiliter gestum est necesse est apud judicem pro rato haberi*, L. 9 de neg. gest. (3-5). Una analogía muy perfecta se nos ofrece por la *actio de in rem verso* contra el padre, respecto de los actos del hijo de familia. En esta también, importa poco que el jefe de familia niegue su asentimiento, porque *debe* darlo, cuando hay *versio* (L. 5, § 2 de in rem, vers. 5-3), y hay *versio* cuando el hijo ha perseguido un fin de interés personal para el cual el padre hubiera debido procurarle los medios (L. 3, § 3 ib.) Y si es cierto que el padre debe pagar con sus propios fondos, ¿con cuánta más razón no ha de serlo que el curador debe hacer el pago también, siendo así que lo hace con los fondos del menor, que debe emplear exclusivamente en interés del mismo? Todo lo que pertenece al círculo de los deberes que incumben á uno y á otro, debe, pues, ser ratificado por ellos cuando ha sido objeto del cuidado y atención de quien se halla bajo su dependencia. Que no se diga que la acción de que se trata ha sido concedida sólo en atención á las personas sometidas á la potestad paterna, porque la idea ó el principio de la acción es absolutamente general. Sirve igualmente de base á la *act. neg. gest.* y aunque sea la forma especial bajo la cual se realiza en la *actio de in rem verso*, se halla, según la idea de los romanos, tan poco ligada con las relaciones de familia, que Scaevola en la L. 20, § 1, *ibid.*, la aplica aun en materia de tutela.

Cuando el tutor ha aceptado un préstamo para el pupilo *stipulatione in personam tutoris translata*, el ju-

rista dice: *Si cum in rem pupilli daretur, id in rem ejus versum est... posse nihilominus dici, de in rem verso cum pupillo actionem fore*. Sería una sutileza objetar que, en ese caso, la acción se da contra el pupilo respecto de un acto del tutor, pero que de ningún modo resulta que pueda, á la inversa, dirigirse contra el tutor por actos del pupilo. La única razón decisiva estriba en que la acción, según su naturaleza, no se limita en modo alguno á la persona colocada bajo el poder paterno, sino que puede ser dada también, aunque sea en otros casos, siempre que se trate de transferir la obligación de la persona que ha celebrado el contrato á aquella que hubiera debido consentir en él, y hasta donde esta obligación se eleve. El derecho nuevo (L. 7, § 1 Cod. quod cum eo, 4-26) ha concedido la acción aun allí donde semejante obligación no existía, y donde, por el contrario, la obligación que se trataba de transferir había sido contraída por un *negotiorum gestor*.

Según lo que precede, creo poder afirmar en principio que el tutor está obligado á ratificar todos los contratos de su pupilo cuya celebración no hubiera podido negarse á autorizar.

El tercer medio de justificar la validez de los contratos necesarios celebrados por el menor, es el que emplea Modestino en nuestra L. 101 de V. O. (45-1). La restricción que la curatela impone á los menores no es absoluta y aplicable á todos los contratos; sólo se extiende hasta donde lo exija el fin de la curatela. Si fundándose en esta consideración Modestino ha llegado á declarar válidas, según las circunstancias, las obligaciones formales del menor, podemos muy bien hacer lo mismo para todos los contratos que, muy lejos de perjudicar á los menores, están exigidos por su interés. La curatela resultaría contra sí misma, ya que



ha sido introducida para servir al verdadero bien del menor, si en el caso en que el curador no puede estar á su lado para sostenerle y auxiliarle, y tiene que dejarle abandonado á sí propio, quisiera quitarle la posibilidad de obrar por sí mismo. Podía esto significar tanto como ponerle fuera del derecho, y acaso exponerle al peligro de morir de hambre. El Derecho romano, menos que cualquier otro derecho, no admite semejante rigorismo lógico: resulta esto evidente de los ejemplos que siguen. Sólo el padre de familia puede obrar en cuanto á los contratos celebrados por el hijo de familia: este último no tiene ese derecho: eso es sabido. Pero cuando está en el extranjero, ó cuando el padre está ausente ó impedido, el principio jurídico cede á la presión de las circunstancias, y se le conceden al hijo todas las acciones necesarias (1). Lo mismo puede decirse de la prescripción del *Sc. Macedonianum*, *Quod dicitur*, dice Ulpiano en la L. 7, § 13, ad *Sc. Maced.* (14-6), *in eo qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare Sctum, ita locum habet, si probabilem in mutuo non excessit certi eam quantitatem, quam pater solebat subministrare*. La expresión: *quod dicitur* prueba que la proposición no era una opinión individual del jurista, sino una regla constante de la práctica romana, establecida con el apoyo exterior de la ley y bajo la presión imperiosa de las circunstancias no previstas por esta última. Marciano daba á esta idea una expresión más amplia aún, pero perfec-

---

(1) L. 17 de R. er. (12-1) ... *mutuum dederit cum studiorum causa Romae ageret*. L. 18, § 1 de jud. (5-1) ... *Si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit*. L. 8 pr. de proc. (3-3)... *neque pater praesens ut*. L. 2, § 1 sol. matr. (24-3). Idéntica es la solución para la *actio dotis: si absens vel suspectae vitae sit* L. 2, § 1, sol. matr. (24-3).

tamente exacta, cuando en la L. 47, § 1 de solut. (46-3) discutía la aplicabilidad de la ley misma *si IN NECESARIA causas filius mutuum pecuniam acceperit et eam perdiderit* (1).

La consideración que movía á los juristas romanos á deshacer las restricciones que el poder paterno imponía al hijo de familia, allí donde el padre no estaba en posición de atender al cuidado de su hijo, milita también con toda su fuerza en favor de nuestra opinión. Reclamamos en la misma situación la misma decisión para la persona bajo curatela. Podemos prescindir aquí de citar otros ejemplos para probar que un menor puede válidamente, y en caso necesario sin su curador, celebrar todos los contratos que las circunstancias de su situación le imponen. Los títulos de *negotiis gestis* y *de in rem verso* contienen un gran número. Quédanos sólo por advertir que incumbe al demandante apreciar la conveniencia del contrato que se trata de celebrar con el menor, fundándose en las consideraciones indicadas á este propósito en nuestras fuentes (*pro modo dignitatis, patrimonii*, etc.) (2), y en que, llegado el caso, es él también quien deberá probar tal conveniencia.

Para terminar, figurémonos el resultado práctico de la opinión que acabo de defender y de la que sobre la base de la L. 101 cit., declara al menor capaz de obligarse. A pesar de la validez reconocida en principio á los contratos celebrados por el menor

---

(1) Varios textos hablan á propósito de la *act. neg. gest.* y *de in rem verso*, de este obstáculo fortuito al resultado perseguido. V., por ejemplo, L. 10, § 1 de *neg. gest.* (3-5). L. 3, § 9 de *in r. v.* (15-3).

(2) *Curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.* L. 3, § 9 de *in rem v.* (15-3).

sólo, los partidarios de esta última opinión conceden al curador el derecho de negar la ejecución sobre el patrimonio del menor, y el acreedor no tiene así, *efectivamente*, ninguna acción durante los años de la menor edad. En mi opinión, que, por el contrario, plantea un principio diametralmente opuesto, el acreedor tiene una acción inmediata, bajo las condiciones indicadas, y se encuentra de ese modo en una posición infinitamente mejor que en la opinión que en la apariencia le es más favorable. Después de la mayor edad, la situación cambia en la forma, pero, en realidad, las dos opiniones, salvo una diferencia de procedimiento, conducen al mismo resultado. La una da sin reservas una acción al acreedor respecto de todos los actos, pero detiene el efecto por medio de la *rest. in integrum* en todos los casos en que el menor hubiera debido abstenerse de celebrar esos actos: la otra, por el contrario, no da en principio una acción más que para los actos que el menor debía celebrar necesariamente. En una es el menor, en otra su adversario quien debe sostener y en su caso probar que el contrato era prejudicial ó necesario. En el supuesto actual, en que se trata, no tanto de un hecho material particular, como de la apreciación exacta de relaciones generalmente bastante evidentes, la diferencia señalada será en la práctica de una importancia muy secundaria. El resultado sería, en verdad, diferente si de dos jueces que siguieran respectivamente una de las teorías discutidas, uno se atuviera seguramente á la *rest. in integrum* y el otro al punto de vista de la necesidad del contrato. Pero en esta hipótesis no cabe duda sobre cuál de los dos resultados está más en consonancia con el fin constante de la curatela según el Derecho romano y según nuestro Derecho actual.

## VI

### **Error sobre la « causa traditionis » en las convenciones bilaterales.**

Conciliación de la L. 18, pr. de R. cr. (12-1), Ulpiano, lib. 7. *Disputationum*, y la L. 36 de Acq. R. D. (41-1), Juliano, lib. 13, *Digestorum*.

*Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus: non animadverto, cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*

Todo jurista, por poco versado en el Derecho romano que esté, conoce esos dos textos, así como el interés y las dificultades que ofrecen á la exégesis. Trátase de la cuestión siguiente: cuando en la tradición las dos partes tienen en cuenta una *causa traditionis* diferente, ¿la propiedad se transmite á pesar de eso? Mientras que en la L. 36 cit., Juliano responde que sí de la manera más perentoria, Ulpiano, en el otro texto, parece responder que no. Se han practicado innumerables ensayos para conciliar esos dos textos, pero no se

puede decir que hasta el día se haya logrado lo que se persigue. No sería posible resumir aquí todos esos ensayos (1); su enumeración bastaría, en mi concepto, para distraer la atención de mi propósito, así que me limito á exponer y á justificar mi propia opinión.

En la L. 36 cit., Juliano supone el caso de que las partes conformes en la cosa que se debe entregar, difieren sobre la *causa traditionis*, en el sentido de que cada una tiene en cuenta una *causa* diferente: la una cree estar obligada en virtud de un testamento, y la otra cree ser acreedora en virtud de una estipulación; la una tiene la intención de dar, la otra tiene la intención sólo de recibir en préstamo. El jurista decide: *non animadverto cur inefficax sit traditio... constat proprietatem ad te transire*. Considera tal solución al abrigo de toda duda y cual si no fuera dable ponerla en tela de juicio, opinión esta que impera en la doctrina moderna.

Es difícil admitir que Ulpiano, en el otro texto, pueda decir diametralmente lo contrario, no precisamente porque Juliano indique su opinión como constante (*constat*)—pues la opinión de la jurisprudencia romana hubiera podido modificarse después de Juliano—sino porque esta decisión de Ulpiano resultaría en contradicción con la idea fundamental y la esencia de la tradición tal cual ha sido concebida y realizada en el Derecho romano. A primera vista, pues, parece que Ulpiano y Juliano se referían á dos cuestiones distintas. El texto de Ulpiano, dice :

---

(1) Véase la bibliografía de la cuestión en Vangerow, *Pandekten*, I, § 311, nota 3, quien opina con muchos otros que la contradicción de los dos textos es absoluta y que ha habido divergencias entre los mismos juristas romanos.

*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederó, tu quasi mutuatam accipias: Julianus scribit, donationem non esse: sed an mutua sit videndum. Et puto, nec mutuatam esse: MAGISQUE NUMMOS ACCIPIENTIS NON FIERI, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*

Las dificultades del texto estriban, como es sabido, en las palabras: *magisque nummos accipientis non fieri*. Si significa, como generalmente se admite, «la propiedad no se transfiere»..., en ese caso la contradicción entre Ulpiano y Juliano es evidente; pero esta interpretación está mal fundada, porque los romanos dan á las palabras: *accipientis fieri, ejus esse, suos facere*, dos acepciones diferentes.

El que recibe un préstamo de 100 pesetas se hace propietario de las monedas, pero desde el punto de vista económico, no se ha enriquecido, porque debe restituir las más tarde. Su propiedad está económicamente paralizada ó neutralizada por la *actio ex mutuo* (1); no puede decir: he ganado 100 pesetas. El prestamista de las 100 pesetas tampoco podrá decir: he perdido 100 pesetas, porque aunque haya abandonado la *propiedad* de las monedas, económicamente se resarce de tal pérdida por su derecho de acreedor para lograr la restitución de la suma. Las 100 pesetas que desaparecen del patrimonio del prestamista de la columna de la propiedad, reaparecen en la de los créditos cobrables; el balance del patrimonio queda económicamen-

(1) Expondré con más detalles esta parálisis, esta neutralización económica de los derechos, en el tomo v del E. del D. R. con ocasión de la Teoría de los derechos.

te el mismo; el cambio concierne tan sólo á la forma jurídica del haber: *is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*, L. 15 de R. J. (50-17). La adquisición de la propiedad no me enriquece realmente, el abandono de la propiedad no me empobrece realmente, más que cuando esos actos no son neutralizados de la manera indicada por una obligación concomitante. La transmisión de la propiedad no aumenta ni disminuye el patrimonio, á no ser en el caso de donación; el préstamo hecho ó recibido deja el patrimonio intacto.

Resulta, pues, de aquí, que se puede dar á las palabras, adquisición, pertenecer, etc., etc., un doble sentido, según que se consideren desde el punto de vista formal de la teoría de la propiedad, ó desde el punto de vista económico del conjunto del patrimonio.

El fundo enajenado *fiduciae causa* á un amigo, *pertenecía* á éste ó *no le pertenecía*, según el sentido que se quisiera dar á la palabra pertenecer. De un lado se había convertido en propietario del fundo, del otro nada había sumado á su patrimonio. Lo mismo exactamente le ocurría al que había enajenado fiduciariamente; el fundo *no* le pertenecía, porque había abandonado la propiedad, y sin embargo, le pertenecía *aún*, porque al derecho de propiedad que hasta entonces lo unía á su patrimonio, sucedía un lazo de obligación, la *actio fiduciae*. Las dos partes continuaban siendo tan ricas ó tan pobres como antes. Un romano se reiría del fiduciario que se figurase que la cosa le *pertenecía* realmente, porque había recibido la propiedad. Se encontraba en su *dominium ex jure quiritium*, pero no *in bonis ejus*.

Pertenecer *ejus esse, ejus fieri, suum facere*, tiene pues un doble sentido, y dondequiera que esas expre-

siones se empleen, es preciso, ante todo, saber en qué sentido lo están. El hombre de negocios las tomaría, la mayoría de las veces, en el sentido económico, el jurista en el jurídico: porque para el primero se trata, ante todo, de representarse en su conjunto el resultado económico de los actos y de las relaciones jurídicas, mientras que para el segundo lo primero es considerar separadamente los factores que producen ese resultado.

El hombre de negocios en Roma, llamaba *aes alienum*, al dinero que tenía como préstamo (1), al igual que hoy decimos: «mi casa está gravada con el dinero de otro». El jurista, por el contrario, exigía como condición del préstamo que este dinero se convirtiera en propiedad del *accipiens* (2). Pero al jurista también podía importarle el conjunto del resultado económico de la propiedad, y entonces debía emplear también las palabras *ejus esse, ejus fieri, suum facere*, en el segundo sentido, porque la lengua latina, no tiene fórmulas especialmente destinadas á expresar esta idea.

En apoyo de mi tesis invoco las pruebas siguientes:

1. L. 75 de J. D. (23-3): *Quamvis in bonis maritidis sit, MULIERIS TAMEN EST... quamvis apud maritum DOMINIUM sit, HUIUS (mulieris) etiam constante matrimonio emolumentum potestatem esse creditur.*

El marido es propietario de la dote; pero respecto de esta propiedad le corresponde el deber de subvenir á las cargas del matrimonio (*cujus matrimonii onera maritus sustinet*), teniendo la mujer el dere-

---

(1) Sobre esta idea es sobre la que se apoya la definición del *nexum* por Varrón, de la L. 7, 105: *quod obligatur per libram NEQUE SUUM FIT.*

(2) L. 2, § 2, 4 de R. cr. (12-1).



cho de reclamar la restitución de su dote. En este sentido la dote pertenece á la mujer (*mulieris tamen est*); y más aún, durante el matrimonio, se aprovecha de ella (*hujus... emolumentum potestatem esse*), porque tiene también la acción de evicción (*ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere desiit*).

2. En el cuasi usufructo, como es sabido, la propiedad se transmite, lo que no impide á Ulpiano decir en la L. 6 pr. Ut in poss. (36-4) que cuando el testador ha dispensado de la caución á aquel á quien ha legado el usufructo de una suma de dinero: *PROPRIETAS non est legata, sed legatario permittendum satis dare et usumfructum pecuniae habere*. ¿Qué significa aquí *proprietas*? Evidentemente la propiedad no, porque sin transmisión de propiedad el cuasi usufructo es tan inconcebible como el préstamo. El jurista no puede haber designado con la palabra *proprietas* más que lo que Proculus en la L. 67 de J. D. (23-3) expresa por *lucris fecisse*, es decir, la adquisición económica, la conservación definitiva del dinero. En la intención del jurista la *proprietas* de la suma queda en el heredero, aun cuando haya perdido la propiedad de la moneda. Que se compare aquí la L. 7 de usufr. ear. (7-5): *PROPRIETAS ad legatarium transferri debet*, donde la expresión se emplea en un sentido diametralmente opuesto.

3. Tiene un interés muy especial la L. 3, § 11 de donat. int. v. (24-1) de Ulpiano: *si quis igitur nummos uxori dederit NON FIERI EJUS apparet, quia NIHIL CORPORIS EJUS FIERI palam est*. ¿Qué quiere decir aquí *ejus non fieri*? La oposición que el jurista establece con *NIHIL CORPORIS EJUS FIERI*, no deja lugar á duda. La primera expresión niega el resultado económico de la donación para el patrimonio; la segunda,

la transmisión de la propiedad. Ulpiano quiere decir que la mujer, lejos de haberse enriquecido por la donación, ni siquiera obtiene la propiedad.

4. El *bonae fidei possesor* adquiere la propiedad de los frutos, *fructus suos facit* (1). Pero si ha adquirido ya la propiedad de los frutos existentes, no puede llegar á ser por segunda vez propietario por el consumo, sin contar con que la propiedad de una cosa que no existe es un contrasentido. Si, no obstante, se dice de él: *fructus consumptos suos facit* (2), el alcance que se atribuye á estos términos es claro. Significan simplemente que el derecho á la restitución de los *fructus exstantes*, que paralizaba hasta entonces la propiedad del poseedor de buena fe, cae con su pérdida. Los frutos los adquiere para siempre; su valor ha pasado definitivamente á su patrimonio; lo ha ganado económicamente: *LUCRARI eum oportet, se eos consumsit*. L. 4, § 2 fin. sig. (10-1). Me limito á aducir estos testimonios, por más que sería fácil citar muchos más.

Volvamos ahora á la L. 18 cit. de Ulpiano. Hemos afirmado que *accipientis no fieri PUEDE* tener un doble sentido. Pueden estas palabras significar: el dinero no se convierte en *propiedad* del *accipiens*; no ha pasado á ser suyo, en el sentido de la teoría sobre la propiedad, ó, en otros términos, en el *sentido jurídico formal*. Esas palabras pueden también querer decir: aunque el *accipiens* haya adquirido la propiedad del dinero, no puede guardarlo, no lo ha adquirido en el sentido *económico*. Es preciso examinar el texto más de cerca para ver en qué sentido ha hablado Ulpiano. El *accipiens* había recibido el dinero en préstamo (*tu quasi*

(1) L. 43 pr. de A. R. D. (41-1).—L. 45 de usur. (22--1).

(2) L. 40 de A. R. D. (41-1).

*mutuam accipias*). Cuando seguidamente Ulpiano dice de él: *magisque nummos accipientis non fieri, CUM ALIA OPINIONE acceperit*, este giro de la frase prueba de una manera indiscutible que el jurista ha querido negar, no la transmisión de la propiedad, inherente al préstamo, sino el resultado económico del *lucrari*, propio de la donación á que se refería la intención de la otra parte (*ego quasi donaturus dedero*). En cuanto á la transmisión de la propiedad al *accipientis fieri* en el *sentido jurídico*, la *opinio* del *accipiens* no era diferente de la del donante. La divergencia de sus voluntades (*alia opinio*) se refería únicamente al *accipientis fieri* en el *sentido económico*. Según la intención del donante, no había lugar á la restitución del dinero; éste, no sólo debía pasar á ser propiedad de la otra parte, sino que debía además enriquecerla. Según la intención del *accipiens*, el dinero se recibía en préstamo; era del *aes alienum*, que tenía que reembolsar ulteriormente, y no del *aes proprium*, en el sentido de la L. 6, pr. ut. in poss. (36-4) citada antes.

Que ante esa falta de concordancia de las voluntades no se podía admitir ni un préstamo ni una donación, no ofrecía duda. La única cuestión que podía suscitar dudas era la siguiente: ¿Qué pasa con el dinero? Ulpiano distingue y decide, si no expresamente á lo menos en el fondo, dos casos: ó el *accipiens* ha consumido ya el dinero, ó bien no ha hecho aún uso de él. En el primer caso, puede oponer á la *condictio sine causa* del donante la *exceptio doli: Quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*:—decisión que puede ponerse al lado de la de la L. 25 de donat. (39-5), que concede igualmente la *exc. doli* al donatario en un caso análogo. Si Ulpiano hubiera querido dar exactamente la misma decisión para el segundo caso, no

hubiera habido razón alguna para mencionar particularmente el consumo. Hubiera podido decir tan sólo: el *accipiens* puede rechazar la *condictio* del donante por medio de la *exc. doli*. Nos autoriza, pues, á afirmar, *a contrario*, que la *exceptio* debía ser rechazada en el caso segundo, lo cual se comprende con sólo pensar que el *accipiens* que aún tenga el dinero en su poder, la restitución no le causa una gran molestia, mientras que en el otro caso debe empezar por procurarse el dinero mediante un nuevo empréstito.

La única objeción que en mi concepto se puede suscitar contra la significación dada aquí al *accipientis fieri*, se encuentra en la manera cómo Ulpiano refiere esas palabras á las precedentes: *et puto nec mutuam esse MAGISQUE nummos accipientis non fieri*. Podría inferirse de la palabra *magisque* que la segunda parte de esta frase debe justificar la primera: no hay préstamo, *porque* la propiedad no se ha transmitido. Pero esta objeción se deshace inmediatamente con la adición: *cum alia opinione acceperit*. En virtud de ella se ve en qué sentido quiere Ulpiano que se entienda *accipientis fieri*. Por lo demás, la razón alegada sería completamente insuficiente, porque Ulpiano no nos habría explicado *por qué* no había préstamo, limitariase á sustituir una afirmación con otra que exigía ser justificada. En efecto, ¿por qué la propiedad no se ha transmitido? Con el mismo fundamento pudiera responderse, ¡porque no hay préstamo! En suma; nos veríamos dentro de un círculo vicioso. Si Ulpiano hubiera estimado necesario justificar su primera afirmación, no hubiera podido hacerlo si no mediante el motivo expresado por Celso en la L. 32 de R. cr. (12, 1). (*Mutuum*) *nisi inter consentientes fieri non potest*. En realidad, la palabra *magisque* no es para Ulpiano, que

acaba de descartar á la vez la donación y el préstamo, más que la transición á la cuestión que queda: ¿qué se hace entonces con el dinero? Y responde: el *accipiens* no puede guardarlo, el acreedor tiene la *condictio sine causa*. Pero aún restringe esta afirmación, según hemos notado, decidiendo que en caso de consumo del dinero, el deudor puede paralizar la *condictio*, muy bien fundada en sí misma, por medio de una *exceptio doli*.

De todo lo que precede resulta que, los dos textos antes copiados, tratan de dos cuestiones completamente distintas. El de Juliano habla exclusivamente de la cuestión del *accipientis fieri jurídico*, el de Ulpiano se refiere sólo al *accipientis fieri económico*. En su virtud se ha procedido muy bien al colocar el primero bajo título de *adquirendo RERUM domino*, y el segundo bajo el de *rebus CREDITIS*.

## VII

### **Actio aestimatoria praescriptis verbis.**

L. 1 pr. de aestimatoria (19-3).

Ulp. *lib. XXXII ad edictum. Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia; fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandato. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: QUOTIENS ENIM DE NOMINE CONTRACTUS ALICUJUS AMBIGERETUR, CONVENIRET TAMEN ALIQUAM ACTIONEM DARI, DANDAM AESTIMATORIAM PRAESCRIPTIS VERBIS ACTIONEM.*

Este estudio se refiere exclusivamente á la frase de las últimas líneas especialmente señalada. Me propongo suministrar la prueba de que es imposible que haya brotado de la pluma del jurista, tal cual aparece redactada. Que yo sepa, la crítica no ha encontrado hasta hoy dificultades en ella, á pesar de que las tiene muy grandes.

Sólo la adición de la palabra *aestimatoriam*, junto á *praescriptis verbis*, en la última línea, ha suscitado

una duda (1), pero inmotivada á mi ver, porque la inscripción del título prueba que, aun suponiendo que la *actio AESTIMATORIA*, tomada en el sentido indicado, haya sido desconocida por la jurisprudencia romana, de todas suertes los compiladores de Justiniano la han adoptado. Ulpiano emplea la expresión *actio de aestimato* al principio del texto, y se la encuentra combinada con *actio praescriptis verbis* en el § 28, Inst. de act. (4-6); *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur*, y Teófilo (eod. loco) la sustituye por la palabra *aestimatoria*:

*praescriptis verbis λεγομένη aestimatoria.*

Mientras se criticaba este punto, la verdadera dificultad del texto pasaba completamente inadvertida, como si todo estuviera perfectamente arreglado. ¡Cosa extraña! Apenas se puede concebir que la dificultad dejase de advertirse; pero todos la ocultaban, sin duda ante la imposibilidad de ofrecer un medio de resolverla.

Oigamos lo que nos dice la frase final: «Cuando existen dudas acerca del nombre de un contrato *cualquiera*, y, á pesar de esto, hay conformidad en que debe concederse una acción, es preciso conceder la *actio aestimatoris praescriptis verbis.*»

Según esto, pues, en todos los casos en que hubiera vacilaciones acerca del nombre de la acción, se concederá la *actio aestimatoria*. ¡Esta es una acción universal, aplicable siempre que hace falta y á disposición de todos! Si un recipiendario quisiera, en el exa-

---

(1) Schulting, *Notae ad Digesta ad h. l.* Glück, *Commentar.*, tomo XVIII, pág. 63, nota 52.

men, aprovecharse de este procedimiento, ¡ya estaba arreglado el examinador!; y, sin embargo, si el examinando, para justificarse, remitiera á su examinador á la L. 6, pr. cit., ¿qué respondería este último? Desde el momento en que se reconozca ese texto como exacto, no hay derecho para censurar al estudiante que, dondequiera que se tratase de un contrato que no sea ni consensual ni real nominado, condiera la *actio aestimatoria*.

¿Cómo esta acción puede denominarse *aestimatoria*? Según la lógica de las ideas, no se puede pensar en un *aestimare* del juez, como se ha hecho por los glosadores, para desvanecer las dudas. La *aestimatio* judicial era posible en *todas* las acciones que no se referían al dinero, pudiendo así llamarse desde ese punto de vista á *todas* las acciones *aestimatoria*. Otra objeción consiste en que la duda acerca del nombre de la acción (*quotiens de nomine ambigeretur*) se indica también como motivo de otra acción, á saber, de la acción general *praescriptis verbis*, de la que la *act. aestimatoria praesc. verb.* no es más que una aplicación calificada de una manera especial. Tres juristas, Papiniano, Celso y Juliano, están de acuerdo para enseñar, en la L. 1-3 de praesc. v. (19-5), que la acción general *praescriptis verbis* tiene lugar: *cessantibus proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possimus* (L. 1), *cum deficiant vulgaria atque usitata actionem nomina* (L. 2), *quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt* (L. 3), y en la L. 4 los compiladores de Justiniano hacen también intervenir en favor de esta opinión á Ulpiano, según el cual *natura enim rerum conditum est ut plura sint negotia quam vocabula*; el mismo Ulpiano que en nuestro texto cita la *actio aestimatoria* como una acción universal.



Ahora bien; ¿cuál de esas dos acciones es la verdadera, la auténtica?

Nadie vacilará en responder: la *actio praescriptis verbis* es la acción general y la *actio aestimatoria* la acción especial. Su nombre, al igual que las explicaciones de nuestra L. 1, pr., no permiten dudar que la hipótesis á la cual se restringe sea la *aestimatio* convenida entre las partes. Pero esto equivale á suponer que el texto de la L. 1, pr. tal como está concebido no puede ser exacto y debe contener un error.

En mi opinión, el error no es difícil de descubrir. Partamos de la idea según la que para dar de una manera completamente general (*QUOTIENS enim*) las condiciones de la *actio de aestimato*, el jurista no puede atenerse á la condición *negativa* de la inaplicabilidad de un contrato determinado (*quotiens de nomine contractus alicujus... ambigeretur*), sino que debe también mencionar la condición *positiva* de la *aestimatio* convenida. Ahora bien; esto no puede haber tenido efecto más que en el pasaje: *conveniret tamen aliquem actionem dari*. En estas palabras es en las que se debe ocultar la indicación de la *aestimatio* convenida, siendo preciso una enmienda que haga salir de esas palabras tal como están redactadas hoy, la *convención* y la *aestimatio*. La convención la encontramos en *conveniret* á condición de leer: *convenerit*. Así, las partes han convenido (*convenerit tamen*). Falta aún: dar estimación (*aestimationem dare*). *Dare* se encuentra ahí, pero *aestimationem* debe encontrarse bajo *aliquam actionem*; basta colocar las palabras de esta manera:

*aliquam actionem  
aestimationem*

para comprender lo fácil de una confusión por parte

del copista á poco oscuro que el manuscrito estuviese. El error, no sólo se reproduce en todos los manuscritos que nos han sido conservados, sino que debió encontrarse también en los que sirvieron á los autores de las Basílicas, porque en estas últimas se lee (XIX, 9. 1): δσάκις άγωγης διδομένης άμφιβάλλεται το όνομα του συναλλάγματος: ahora bien; de las palabras άγωγης διδομένης (*actione data*) resulta que ellos también debieron de haber leído con todos nuestros manuscritos: *actionem dari*. El error probablemente existía ya en el manuscrito de la obra de Ulpiano, del cual tomaron los compiladores de Justiniano nuestro texto, porque Teófilo (L. c. IX, 6, § 28), limita su explicación de la *actio de aestimato* al ejemplo del *contractus* llamado *aestimatorius*, por el cual comienza en el texto Ulpiano y con ocasión del que trata de explicar la necesidad de introducir la *actio de aestimato*, lo que no hubiera hecho si hubiera tenido á la vista la L. 1, pr. en la redacción que tengo por originaria. Las palabras QUOTIENS y *contractus ALICUJUS* prueban que Ulpiano, en la primera frase, no da más que un ejemplo que no agota de ningún modo la esfera de aplicación de la acción, y que, por tanto, no quería restringir á ese caso la regla que anuncia en la segunda frase.

Ya he expuesto las razones que nuestro texto parece proporcionarnos directamente en favor de mi enmienda. Pueden añadirse otros argumentos gramaticales, que, aun sin ser decisivos, confirman, sin embargo, de una manera apreciable las dudas que debe inspirar la autenticidad del texto tradicional. En primer lugar, tenemos la palabra CONVENIRET *tamen actionem dari*. ¿Quiénes convienen, quiénes se entienden sobre la concesión de una acción? ¿Los juristas? Valdría eso tanto como decir que *quotiens ambigeretur de*

*nomine alicujus contractus*, no tenían más que convenir entre sí la necesidad de conceder una acción para atar las manos del Pretor (*dandam actionem*), no obstante que sólo este último tuviera el poder de decidir. No es á él tampoco á quien se refiere *conveniret*, porque no tenía que entenderse con nadie. La dificultad desaparece si se cambia, como propongo, *conveniret*, en *convenerit*. El segundo argumento está apoyado en la palabra *ALIQUAM actionem dari*. La palabra *aliquam*, no sólo es superflua—¿por qué no decir: *actionem dari*?—sino que lógicamente no está en armonía con *dandam aestimatoriam... actionem*.

En efecto, si según el jurista ha lugar exclusivamente á una sola acción, es preciso comenzar por prever la posibilidad de tener que elegir entre varias acciones, y esta posibilidad está indiscutiblemente implícita en *aliquam*.

Afirmo, pues, que en nuestro texto se debe leer en lugar de:

*Conveniret tamen aliquam actionem dari*

*Convenerit tamen aestimationem dari:*

*Dari aestimationem* no ofrece nada de extraordinario; véase, por ejemplo, la L. 8 de *praest. verb.* (19-5): *datam aestimationem*.

Nuestro texto nos proporcionaría así una *actio de aestimato* ó *aestimatoria praescriptis verbis*, que en el procedimiento romano habría sido aplicada siempre que una cosa fuese entregada con la obligación alternativa de devolverla ó de pagar la *aestimatio*. La necesidad de una acción semejante era, á mi ver, tan ineludible, que sería preciso acusar á nuestras fuentes de incompletas si no ofrecieran el recurso de una acción. En efecto, cuando en un contrato que se dirige á la restitución de una cosa, por ejemplo, en materia de

arrendamiento ó de comodato, se había convenido el pago de una *aestimatio*, no se podía dar al acreedor la acción del contrato, porque en éste el demandado no había tenido el derecho de dar la *aestimatio*, y por el contrario el juez hubiera podido, por medio del *arbitrium*, imponerle la restitución en especie de la cosa. He ahí por qué era necesario en todos los casos de esa naturaleza una fórmula de acción con la cual los *praescripta verba* se refiriesen á la convención de las partes. El esquema debía haber sido: *Quod convenit inter... ut aut res... aut aestimatio... daretur*.

Nuestras fuentes nos ofrecen varios ejemplos de semejantes contratos, ó, por decir mejor, de la modificación de los contratos ordinarios mediante una cláusula accesoria de ese género. Tales son:

1. El COMODATO.—Según la L. 7, § 5 de don. int. v. (24-1), el *commodatum aestimatum datum* aparecía como un contrato muy usual, pues que se invoca, á tal propósito, una regla consagrada por el uso (*nec aliud in commodato aestimato dato observari SOLET*). Por otra parte, se trata del asunto en la L. 5, § 3 de comm. (13-6): *et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit*.

Hay cierta analogía entre este contrato y el caso frecuentemente mencionado en nuestras fuentes de la entrega de un esclavo para someterle al tormento en una intrucción judicial que le concierne ó que concierne á un tercero. Al primer caso se refiere la L. 8 praesc. verb. (19-15). Al segundo la L. 13 de quaest. (48-18) y Pablo S. R. V. 16-3: en ambos casos se aplicaban reglas especiales que no nos interesan aquí; pero se debe advertir que en el primero el dueño tenía la elección entre el esclavo y su precio.

Otro caso análogo al comodato es el de Plauto, *Captivi*, II, 2, v. 90 y siguientes, en que un *servus aestimatus* es enviado al extranjero: el dueño hace que se le prometa la *aestimatio* por estipulación (no por *sponsio*, porque el promitente no era ciudadano romano): *num quae causa est, quis si ille huc non redeat, viginti minas mihi des pro illo?* La *actio praescriptis verbis* no existía aún en la época de Plauto.

2. El DEPÓSITO.—La estimación se menciona en la L. 52 de don. int. v. (24-1).

3. El ARRENDAMIENTO con relación al inventario del fundo. L. 54, § 2, loc. (19-2): *servus qui aestimatus colonae adscriptus est ad periculum colonae pertinebit.*

4. La DOTE.—Se podía conceder al marido la elección entre la restitución de la cosa recibida y el pago de la *aestimatio*. L. 11 de fundo (23-5)... *fundus in dotem aestimatus datur...*, *ut electio... in arbitrio mariti sit.* L. 10, § 6 de j. dot. (23-3) (1).

5. El CONTRATO llamado ESTIMATORIO.—Los textos que á él se refieren se citan en todos los manuales de Derecho romano. No añadiré más que un pasaje de Plauto, en el cual podemos observar el hecho, interesante en la vida romana, de que el contrato estimatorio estaba también en uso entre el jefe de familia y sus subordinados, permitiéndoles hacer adquisiciones de peculio de que las dos partes se beneficiaban de una manera manifiestamente igual. Plauto Mercator, I. 1, v. 14-16: *meus pater dedit aestimatas merces: ita peculiam conficio grande.*

Tales son, que yo sepa, todos los ejemplos que ofrecen nuestras fuentes. La *aestimatio* se menciona, en verdad, en otras relaciones, por ejemplo, en la so-

(1) K. Caylarz, *Das römische Dotalrecht*, pág. 161.

ciudad L. 52, § 3, prosocio (17-2), en el arrendamiento L. 3, loc, 19-2); pero esos textos no se refieren á la fórmula de la *aestimatio*, única que aquí nos interesa, la de la obligación *alternativa* de entregar la cosa ó su estimación, sino otra obligación.

Si he procedido con acierto en lo que precede, habré procurado una nueva prueba de un aserto hecho antes (1), según el cual en el material manuscrito que tenían á la vista los compiladores de Justiniano habia errores, que, legalizados por estos últimos, han sido propagados en nuestros manuscritos, pasando por las Basílicas.

---

(1) Véase el estudio sobre la *Adquisición de los frutos por el B. F. P.*

## VIII

### Perturbación en el goce del arrendamiento.

L. 22, § 2. Quod vi aut clam (43-24).

Venulejus, lib. 2, *Interdictorum*. *Si ad januam meam tabulam fixeris et ego prius quam tibi denunciarem, refixero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam exegerimus: nisi remittas mihi, est absolvar, condemnandum te quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut exceptionem mihi profuturam, si non vi nec clam nec precario feceris.*

Me remito, para las explicaciones anteriores de este texto, á Stöltzel, *Die Lehre von der OPERIS NOVI NUNCIATIO*, páginas 407 y siguientes. Son, en mi concepto, completamente erróneas, sin exceptuar siquiera aquella por la cual se decide Stöltzel; á saber: que la *tabula* fijada por una de las partes á la puerta de la otra se debe explicar en virtud de la costumbre griega de los ὑποί (tituli tit. Cod. II, 16; *ut nemo privatus titulos praediis vel suis vel alienis imponat*), es decir, de las inscripciones de los títulos de propiedad y de hipoteca. En efecto, si el *primero que llega* fija por su propia autoridad semejante inscripción á mi casa, y el texto

no indica en nada que la inscripción haya sido colocada por alguno que tuviese autoridad al efecto, nadie, ciertamente, dudará que yo tengo derecho para levantar el anuncio, sin exponerme por ello al interdicto *quod vi aut clam* de parte de un contrario, y, sin embargo, el texto le concede este interdicto.

Las dificultades del texto desaparecen cuando se imagina el caso de la manera siguiente. Se trata de un acto del arrendador contra el arrendatario: clava la puerta de la casa alquilada, quizá para garantizar su derecho al alquiler, impidiendo al arrendatario hacer desaparecer los *invecta et illata* (L. 9. In quib. caus. peju. 20-2... *antequam pensionis nomine percludamur*), ó bien, acaso por cualquier otro motivo (véase, por ejemplo, L. 20, pr. h. t.) El arrendatario tiene en principio el interdicto *quod vi aut clam*. L. 11, § 14, L. 12, h. t. y el arrendador también, lo mismo si habita también la casa, que si no la habita. L. 16, pr. ib. Frente á cualquier otro, el inquilino que se hubiera apresurado á levantar las tablas estaría en su derecho; tanto por el fondo, como por la forma. No se podría comprender que en tal supuesto se le sometiera á un *interdictum quod vi aut clam*. Pero la cosa es muy de otro modo cuando se trata del arrendador, cuyos actos relativos á su casa debe respetar, aun cuando atente á sus derechos *contractuales*. Haciendo desaparecer aquellas tablas por su simple autoridad, comete, formalmente, una usurpación en la esfera jurídica del arrendador, un *vi factum*, y esta consideración de forma es decisiva para la concesión de la acción.

No se podría, pues, negar al propietario el *interdictum* contra el arrendatario.

Pero como por su parte se ha hecho culpable de un *vi factum* con relación al arrendario, se debía conce-



der á este último también el interdicto (*in vicem interdicto exegerimus*), ó la excepción correspondiente (*exceptionem profuturam*). Si las dos acciones se intentan y el dueño persiste en pedir la condenación del arrendatario, esta condena se verá paralizada por la condena de daños y perjuicios en que el dueño incurrirá, como demandado (*quanti mea intersit*), es decir, que deberá restituir al arrendatario lo que de él hubiera recibido. Sólo de este modo se realizará el *restituere*, al cual se negaba el dueño, al no querer consentir en la absolución del arrendatario (*nisi remittas mihi, ut absolvere, condemnandum te, quasi rem non restituas*). En definitiva, se compensan entre sí las consecuencias de la violencia recíproca. Ninguna de las partes gana ni pierde: se restablece el estado de cosas anterior á la violencia del arrendador, *res restituta est*.

FIN



# ÍNDICE

## CUESTIONES JURÍDICAS

### DEL INTERÉS EN LOS CONTRATOS

*y de la supuesta necesidad del valor patrimonial  
de las prestaciones obligatorias.*

	<u>Págs.</u>
CAPÍTULO PRIMERO.—Consideraciones legislativas.....	5
CAP. II.—Estado de la cuestión en el Derecho romano..	20
§ 1.—Ejecución forzosa de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales.....	20
§ 2.—Empleo de la condena pecuniaria con un fin de satisfacción.....	26
CAP. III.—Intereses no económicos reconocidos y prote- gidos por el Derecho romano.....	27
<i>Sección primera.</i> —Intereses cuyo fin radica en la persona de un tercero.....	27
<i>Sección II.</i> —Intereses cuyo fin radica en nuestra pro- pia persona.....	35
<i>Sección III.</i> —Conclusiones.....	44
CAP. IV.—Refutación de los argumentos sacados de textos en apariencias contrarios.....	48
CAP. V.—Límites positivos de la protección del interés en nuestro derecho actual.....	60
CAP. VI.—De la necesidad de un interés en la persona del acreedor.....	75
§ 1.—¿Se pueden perseguir por convención intereses extraños?.....	75

- § 2.—Los intereses que se persiguen en la realización de un contrato, ¿pueden ser de utilidad general?.. 80

## LA POSESION

### *Teoría simplificada.*

I.—La posesión como objeto de un derecho.....	87
II.—La posesión como condición del nacimiento de un derecho.....	94
III.—La posesión como fundamento de un derecho..	96
IV.—Relaciones posesorias no protegidas.....	101
V.—El motivo legislativo de la protección posesoria.	104
VI.—La posesión es un derecho.....	111
VII.—Lugar de la posesión en el sistema jurídico...	122
VIII.—Nacimiento y extinción de la posesión (existencia concreta), condición de la voluntad.....	123
IX.—La apropiación corporal de la cosa.....	125
X.—La posesión de los derechos.....	134
XI.—Transformación de la posesión en el desenvolvimiento del Derecho moderno.....	141
XII.—La literatura.....	144

## CASOS JURÍDICOS

I.—Del transporte marítimo.....	147
II.—Usufructo.....	159
III.—Habitatio.....	165
IV.—Adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe.....	170
V.—Estipulaciones de los menores.....	191
VI.—Error sobre la <i>causa traditionis</i> en las convenciones bilaterales.....	222
VII.— <i>Actio aestimatoria praescriptis verbis</i> .....	232
VIII.—Perturbación en el goce del arrendamiento..	241

## COLECCION DE LIBROS ESCOGIDOS Á TRES PESETAS TOMO

- |   |   |  |
|---|---|--|
| <p>1. Tolstoy, La Sonata de Kreutzer.<br/>         2. Barbey d'Aurevilly, El Cabecilla.<br/>         3. Tolstoy, Marido y mujer.<br/>         4. Wagner, Recuerdos de mi vida.<br/>         5. Tolstoy, Dos generaciones.<br/>         6. Goncourt, Querida.<br/>         7. Tolstoy, El Ahorcado.<br/>         8. Turgeneff, Humo.<br/>         9. Zola, Las Veladas de Médan.<br/>         10. Tolstoy, El Príncipe Nekhli.<br/>         11. Goncourt, Renata Mauperin.<br/>         12. Barbey, El dandismo.<br/>         13 y 14. Daudet, Jack.<br/>         15. Tolstoy, En el Cáucaso.<br/>         16. Turguenef, Nido de hidalgos.<br/>         17. Zola, Estudios literarios.<br/>         18. Cherbuliez, Miss Rovel.<br/>         19. Renán, Mi infancia y mi juventud.<br/>         20. Tolstoy, La Muerte.<br/>         21. Goncourt, Germinia Lacerteux.<br/>         22. Daudet, La Evangelista.<br/>         23. Zola, La Novela experimental.<br/>         24. Flaubert, Un corazón sencillo.<br/>         25. Turguenef, El Judío.<br/>         26. Cherbuliez, La Tema de Juan Tozudo.<br/>         27. Stuart Mill, Mis memorias.<br/>         28 y 29. Macaulay, Estudios jurídicos.<br/>         30. Zola, Mis odios.<br/>         31. Dostoyuski, La Casa de los muertos.<br/>         32. Zola, Nuevos estudios literarios.<br/>         33. Dostoyuski, La Novela del presidio.<br/>         34. Tolstoy, El Sitio de Sebastopol.<br/>         35. Zola, Estudios críticos.<br/>         36 y 37. Campe, Historia de América.<br/>         38. Daudet, El Sitio de París.<br/>         39. Asensio, Pinzón.<br/>         40. Cherbuliez, Amores frágiles.<br/>         41. Heine, Memorias.<br/>         42. Ferri, Antropología criminal.<br/>         43. Ibsen, Casa de muñeca.<br/>         44. Goncourt, La Elisa.<br/>         45. Lombroso, Antropología y psiquiatría.<br/>         46. Daudet, Novelas del lunes.<br/>         47. Turguenef, El Rey Lear de la Estepa.</p> | <p>48. Tolstoy, Los Cosacos.<br/>         49. Sainte-Beuve, Tres mujeres.<br/>         50 y 51. Zola, El Naturalismo en el teatro.<br/>         52. Tolstoy, Iván el Imbécil.<br/>         53. Ibsen, Los Aparecidos.<br/>         54. Balzac, Eugenia Grandet.<br/>         55. Ramillete de cuentos.<br/>         56 y 57. Renán, Memorias íntimas.<br/>         58. Caro, El Pesimismo en el siglo XIX.<br/>         59. Daudet, Cartas de mi molino.<br/>         60. Turguenef Un Desesperado.<br/>         61. Goncourt, La Faustín.<br/>         62. Balzac, Papá Goriot.<br/>         63. Tolstoy, El Canto del cisne.<br/>         64. Coppée, Un idilio.<br/>         65. Caro, El Suicidio y la civilización.<br/>         66. Taine, Filosofía del arte.<br/>         67 y 68. Zola, Los Novelistas naturalistas.<br/>         69. Campoamor, Ternezas y flores.—Ayes del alma.—Fábulas.<br/>         70. Sofía Gay, Salones célebres.<br/>         71. Tolstoy, El Camino de la vida.<br/>         72. Lombroso, El Hipnotismo.<br/>         73. Ferri, Nuevos estudios de antropología.<br/>         74. Taine, La Pintura en los Países Bajos.<br/>         75. Tolstoy, Placeres viciosos.<br/>         76. Balzac, Ursula Mirouet.<br/>         77. Tolstoy, El Dinero y el trabajo.<br/>         78. Schopenhauer, Estudios escogidos.<br/>         79. Campoamor, Doloras y humoradas.<br/>         80. Turguenef, Primer amor.<br/>         81. Tolstoy, El Trabajo.<br/>         82. Tesoro de cuentos.<br/>         83. Lombroso, Aplicaciones judiciales y médicas.<br/>         84. Sardou, La Perla negra.<br/>         85. Tolstoy, Mi confesión.<br/>         86 y 87. Zola, El Doctor Pascual.<br/>         88. Kropotkin, La Conquista del pan.<br/>         89. Turguenef, Aguas primaverales.<br/>         90. Tolstoy, Los Hambrientos.<br/>         91. Cherbuliez, Paula Meré.<br/>         92. Ferrán, Obras completas.<br/>         93. Cherbuliez, Meta Holdenis.<br/>         94. Tolstoy, ¿Qué hacer?<br/>         95. Idem, Lo que debe hacerse.<br/>         96. Taine, El Arte en Grecia.</p> | <p>97. Turguenef, Demetrio Rudin.<br/>         98. Gautier, Las Bombas prusianas.<br/>         99. Lubbock, La Vida dichosa.<br/>         100. Daudet, Tartarin en los Alpes.<br/>         101. Taine, El Ideal en el arte.<br/>         102. Caro, Costumbres literarias.<br/>         103. Taine, Nápoles.<br/>         104 y 105. Idem, Roma.<br/>         106. Idem, Florencia.<br/>         107. Idem, Venecia.<br/>         108. Idem, Milán.<br/>         109. Tarde, Estudios penales y sociales.<br/>         110. Barbey d'Aurevilly, Venganza de una mujer.<br/>         111. Balzac, César Birotteau.<br/>         112. Idem, La Quiebra de César Birotteau.<br/>         113. Tolstoy, Mi infancia.<br/>         114. Arnold, La crítica en la actualidad.<br/>         115. Tolstoy, Fisiología de la guerra.<br/>         116. Varios autores, Cuentos escogidos.<br/>         117. Tolstoy, La Escuela de Yasnaiá Poliana.<br/>         118. P. Merimée, Colomba.<br/>         119. Ibsen, La Dama del mar y Un enemigo del pueblo.<br/>         120. Barbey, Las Diabólicas.<br/>         121. Gautier, Nerval y Baudelaire.<br/>         122. Sainte-Beuve, Retratos de Mujeres.<br/>         123. Turguenef, El Reloj.<br/>         124. Barbey d'Aurevilly Una historia sin nombre.<br/>         125. Daudet, Cuentos y fantasías.<br/>         126. Tolstoy, Mi juventud.<br/>         127. Caro, Littré y el Positivismo.<br/>         128. Zola, Los Hombres de la marquesa.<br/>         129. Goncourt, La Señora Gervaisais.<br/>         130. Baudelaire, Los Paraísos artificiales.<br/>         131. D'Aurevilly, La Hechizada.<br/>         132. Gautier, Madama de Girardin y Balzac.<br/>         133. Mis perlas, por Merimée.<br/>         134. Tcheng-Ki-Tong, La China contemporánea.<br/>         135. Lombroso, Ultimos progresos de la Antropología.<br/>         136. Stendhal, El Amor.<br/>         137. Turguenef, Padres é hijos.</p> |
|---|---|--|

## PERSONAJES ILUSTRES

---

- |  |   |
|--|---|
| 1.— <i>Jorge Sand</i> , por Zola, una peseta.          | 18.— <i>Zorrilla</i> , por I. Fernández Flórez, id.   |
| 2.— <i>Victor Hugo</i> , por ídem, una peseta.         | 19.— <i>Sthendal</i> , por Zola, una peseta.          |
| 3.— <i>Balzac</i> , por ídem, una peseta.              | 20.— <i>M. de la Rosa</i> , por M. M. y Pelayo, id.   |
| 4.— <i>Alfonso Daudet</i> , por ídem, una peseta.      | 21.— <i>Ayala</i> , por J. O. Picón, id.              |
| 5.— <i>Sardou</i> , por ídem, una peseta.              | 22.— <i>Tamayo</i> , por F. Fernández Flórez, id.     |
| 6.— <i>Dumas</i> (hijo), por ídem, una peseta.         | 23.— <i>Trueba</i> , por R. Becerro de Bengoa, id.    |
| 7.— <i>G. Flaubert</i> , por ídem, una peseta.         | 24.— <i>Lord Macaulay</i> , por Gladstone, id.        |
| 8.— <i>Chateaubriand</i> , por ídem, una peseta.       | 25.— <i>Sainte Beuve</i> , por Zola, una peseta.      |
| 9.— <i>Goncourt</i> , por ídem, una peseta.            | 26.— <i>Concepción Arenal</i> , por Pedro Dorado, id. |
| 10.— <i>Musset</i> , por ídem, una peseta.             | 27.— <i>Heine</i> , por T. Gautier, id.               |
| 11.— <i>El P. Coloma</i> , por E. P. Bazán, dos.       | 28.— <i>Ibsen</i> , por L. Pasarge, id.               |
| 12.— <i>Núñez de Arce</i> , por M. M. y Pelayo, una    | 29.— <i>Taine</i> , por Bourget, 50 cénts.            |
| 13.— <i>Ventura de la Vega</i> , por J. Valera, id.    | 30.— <i>Bretón</i> , por el M. de Molins, una peseta. |
| 14.— <i>Teófilo Gautier</i> , por Zola, una peseta.    | 31.— <i>Campoamor</i> , por E. Pardo Bazán, id.       |
| 15.— <i>J. E. Hartzenbusch</i> , por A. F. Guerra, id. | 32.— <i>Fernán-Caballero</i> , por José M. Asensio.   |
| 16.— <i>Cánovas</i> , por Campoamor, id.               | 33.— <i>Emilio Zola</i> , por Maupassant y Alexis.    |
| 17.— <i>Alarcón</i> , por E. P. Bazán, id.             | 34.— <i>Mouton (Merinos)</i> , por G. Bergeret.       |
- 

## NOVELAS Y CAPRICHOS

Precioso libro que contiene los siguientes

### ARTÍCULOS

Sopas de ajo (cuento), por el *Doctor Thebussem*.—El collar de perlas (cuadro árabe), por *Manuel del Palacio*.—Virtudes premiadas (novela), por *J. Octavio Picón*.—El periodo de la ilusión (poema), por *Ramón de Campoamor*.—El mechón blanco (cuento), por *Emilia Pardo Bazán*.—Tisis poética (leyenda), por *José Zorrilla*.—Chucho (agua fuerte), por *A. Palacio Valdés*.—La risa del payaso (cuento), por *Emilio Ferrari*.—El novenario de ánimas (cuento), por *Narciso Oller*.—Placidez (cuento) por *Eugenio Sellés*.—La condesa de Palenzuela (cuento), por *Antonio de Valbuena*.

Contiene más de 200 grabados, y es el libro más bonito é interesante que ha visto la luz en España.

Precio: **Tres pesetas.**

---

## EL DOCTOR PASCUAL

POR

**EMILIO ZOLA**

---

Preciosa edición muy bien traducida. Dos tomos, **seis pesetas.**

LA GÉNESIS Y LA EVOLUCIÓN  
DEL  
DERECHO CIVIL

según las ciencias antropológicas é histórico-sociales

POR  
JOSÉ D'AGUANNO

TRADUCCIÓN DE  
PEDRO DORADO MONTERO

catedrático de la Universidad de Salamanca.

Ha visto la luz este gran libro, que representa los últimos adelantos y la marcha nueva del Derecho civil.

El autor ha hecho grandes estudios en los dos años que lleva de publicada su obra, y nos los ha remitido á fin de que figuren en la traducción española, de modo que ésta es mucho más extensa y completa que la obra original italiana y que las traducciones en francés, alemán, inglés y ruso.

Un grueso volumen en folio, **15 pesetas.**

---

---

LA BENEFICENCIA

POR

H. SPENCER

Un volumen grande, **seis pesetas.**

---

---

NOVISIMO  
CONCEPTO DEL DERECHO

EN ALEMANIA, INGLATERRA Y FRANCIA

POR

ALFREDO FOUILLÉE

Precio, **siete pesetas.**

# DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO PRIMERO

## LA ADMINISTRACIÓN Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

EN INGLATERRA, FRANCIA, ALEMANIA Y AUSTRIA

por J. Meyer, y *La Administración y la organización administrativa de España*, por A. Posada. Precio, **cinco pesetas.**

TOMO SEGUNDO Y ULTIMO

## La Administración política y la Administración social

SEGUN LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LA LEGISLACION POSITIVA

POR

**ADOLFO POSADA**

*profesor de la Universidad de Oviedo.*

Este segundo tomo constituye el necesario complemento del de J. Meyer y A. Posada, sobre *Administración y organización administrativa*. Precio, **cinco pesetas.**

---

---

PEQUEÑECES...

**CURRITA ALBORNOZ AL P. LUIS COLOMA**

POR D. JUAN VALERA

Precio, en las principales librerías, **una peseta.**

---

---

## LA NUEVA CIENCIA JURÍDICA

Dos grandes volúmenes, en los cuales se resumen los progresos realizados últimamente en esta ciencia. Contiene multitud de grabados de criminales, tatuajes, etc.

Los numerosos artículos que la obra comprende van firmados por Altamira (Rafael), Aramburu y Zuloaga (F. de), Arenal (doña Concepción), Buylla (Adolfo A.), Carnevale (Manuel), D'Aguzzo (José), Dorado (Pedro), Fioretti (Julio), Ferri (Enrique), Lombroso (César), Pérez Oliva (Isidro), Posada (Adolfo), Salillas (Rafael), Sanz y Escartín (Eduardo), Silió (César) Tarde (G.), Torres Campos (Manuel) y Vida (Jerónimo).

Precio de los dos volúmenes, **quince pesetas.**



# TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL

POR

F. DE MARTENS

Profesor en la Universidad de San Petersburgo, Miembro del Instituto de Derecho internacional, prólogo y notas de Joaquín Fernández Prida, profesor de Derecho internacional en la Universidad de Valladolid.

Esta obra consta de tres tomos y se vende en las principales librerías al precio de **veintidos pesetas**.

---

## TEORIA SOBRE LOS CAMBIOS EXTRANJEROS

POR

G. J. GOSCHEN

INTRODUCCIÓN Y TRADUCCIÓN

POR EL

MARQUES DE VILLAVICIOSA DE ASTURIAS

Precio, **siete pesetas**.

---

## TRATADO DE LAS PRUEBAS

POR

FRANCISCO RICCI

TRADUCCIÓN AUMENTADA CON NOTAS Y APÉNDICES RELATIVOS  
Á LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, Y CON UN  
ESTUDIO PRELIMINAR

POR

ADOLFO BUYLLA

PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO, EX DECANO DEL  
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS

Y

ADOLFO POSADA

Profesor de la misma Universidad.

Esta obra comprende las partes siguientes: De la prueba en general. — De la prueba por escrito. — De la escritura pública. — De la escritura privada. — De la prueba testimonial. — De la confesión. — Del juramento decisorio. — Del juramento de oficio. — De la cosa juzgada.

Dos grandes volúmenes, **veinte pesetas**.

# LA CRIMINOLOGÍA

POR

**R. GAROFALO**

TRADUCCIÓN DE

**PEDRO DORADO**

*Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca*

Un gran volumen en folio, **diez pesetas.**

---

## INDEMNIZACION A LAS VICTIMAS DEL DELITO

(Segunda parte de LA CRIMINOLOGÍA)

POR

**R. GAROFALO**

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Nápoles y magistrado de Audiencia.

TRADUCCIÓN Y ESTUDIO CRÍTICO

POR

**PEDRO DORADO MONTERO**

*Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca.*

Se vende al precio de **cuatro pesetas** en las principales librerías.

---

## MANUAL DEL JUEZ <sup>(1)</sup>

PARA USO DE LOS JUECES DE

INSTRUCCIÓN Y MUNICIPALES,  
GOBERNADORES DE PROVINCIA, ALCALDES, ESCRIBANOS,  
OFICIALES Y SUBALTERNOS DE LA GUARDIA CIVIL,  
AGENTES DE POLICÍA, ETC., ETC.

POR EL

**DOCTOR HANNS GROSS**

TRADUCCIÓN DEL ALEMÁN, PRÓLOGO Y NOTAS

POR

**DON MAXIMO DE ARREDONDO**

*Juez de primera instancia por oposicion, ex Secretario auxiliar, por igual concepto,  
del Tribunal de lo Contencioso.*

Obra ilustrada con multitud de grabados.

Un grueso volumen, **doce pesetas.**

---

(1) Empléase la palabra *Manual* en el sentido de «libro que debe tenerse siempre á mano».

# DERECHO POLÍTICO FILOSOFICO

POR

**LUIS GUMPTOWICZ**

Profesor de ciencias políticas en la Universidad de Gratz (Austria).

TRADUCCIÓN, PRÓLOGO Y NOTAS POR

**PEDRO DORADO MONTERO**

Profesor en la Universidad de Salamanca.

Precio: **diez pesetas.**

---

---

# LA JUSTICIA

POR

**H. SPENCER**

Un volumen grande, **siete pesetas.**

---

---

# LAS INSTITUCIONES ECLESIASTICAS

POR

**HERBERT SPENCER**

Un volumen, **séis pesetas.**

---

---

# LA MORAL DE LOS DIVERSOS PUEBLOS

Y

**LA MORAL PERSONAL**

POR

**H. SPENCER**

Un volumen grande, **siete pesetas.**

---

---

# DERECHO PENAL

POR

**A. MERKEL**

ESTUDIO PRELIMINAR, TRADUCCIÓN Y NOTAS DE

**JERONIMO VIDA**

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

---

# LA VOCACIÓN DE NUESTRO SIGLO PARA EL DERECHO

POR

**J. G. DE SAVIGNY**

Traducción de A. Posada.

---

# EL PROCEDIMIENTO PENAL

Y SU

# DESARROLLO CIENTÍFICO

POR

**F. MANDUCA**

TRADUCCIÓN, PRÓLOGO Y NOTAS

POR

**ANGEL PINTOS Y PINTOS**

Profesor de Derecho en la Universidad de Santiago.

---

# CUESTIONES JURÍDICAS

POR

**R. VON IHERING**

Traducción de A. Posada.

ORIGEN DE LA FAMILIA  
DE LA  
PROPIEDAD PRIVADA Y DEL ESTADO

POR  
FEDERICO ENGELS

Precio, **seis pesetas.**

---

CRÍTICA PENAL  
ESTUDIO DE  
FILOSOFÍA JURÍDICA

POR  
MANUEL CARNEVALE

Precio: **cinco pesetas.**

---

¿Académicas?

Folleto atribuido á varios escritores ilustres, por la sal y pimienta con que está escrito. Precio, en las principales librerías, **una peseta.**

---

**ECONOMIA POLITICA**

POR  
NEUMANN, KLEINWACHTER, NASSE, WAGNER, MITHOF Y LEXIS

Versión española del alemán precedida de un estudio sobre el concepto  
y relaciones de la ciencia económica

ADOLFO A. BUYLLA Y G. ALEGRE

Profesor y Decano en la Universidad de Oviedo.

# LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

POR

**G. TARDE**

*Estudio preliminar, traducción, y, ciento veinte notas por*

**ADOLFO POSADA**

Catedrático de Derecho en la Universidad de Oviedo.

De venta en las principales librerías á seis pesetas.

---

---

# DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

POR

**L. VON NEUMANN**

TRADUCCIÓN, PRÓLOGO Y NOTAS DE

**A. SELA**

CATEDRÁTICO DE ESTA ASIGNATURA EN LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

De venta en las principales librerías á seis pesetas.

---

---

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR

**T. M. C. ASSER Y ALFONSO RIVIER**

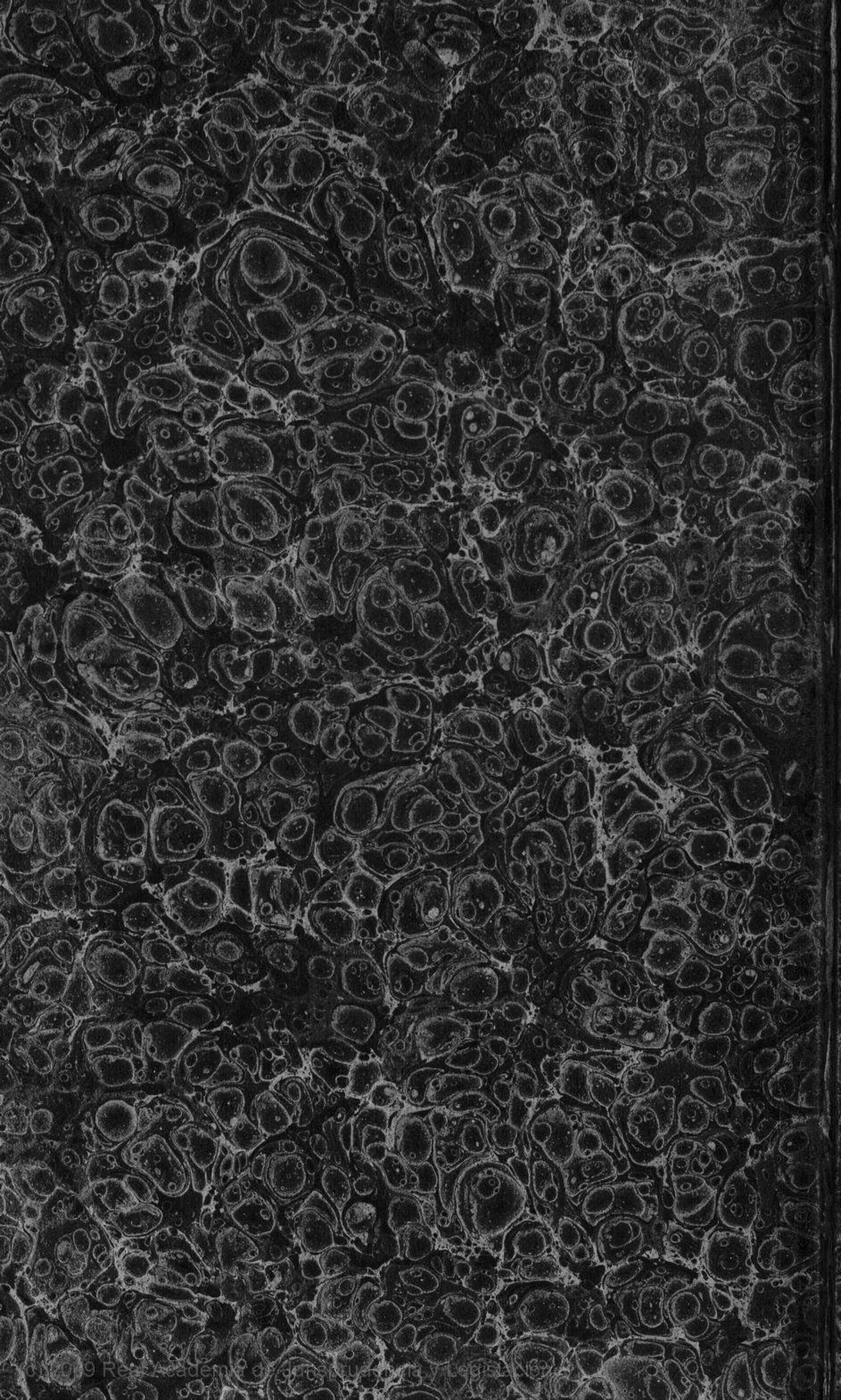
ESTUDIO PRELIMINAR, TRADUCCIÓN Y NOTAS DE

**JOAQUÍN FERNÁNDEZ PRIDA**

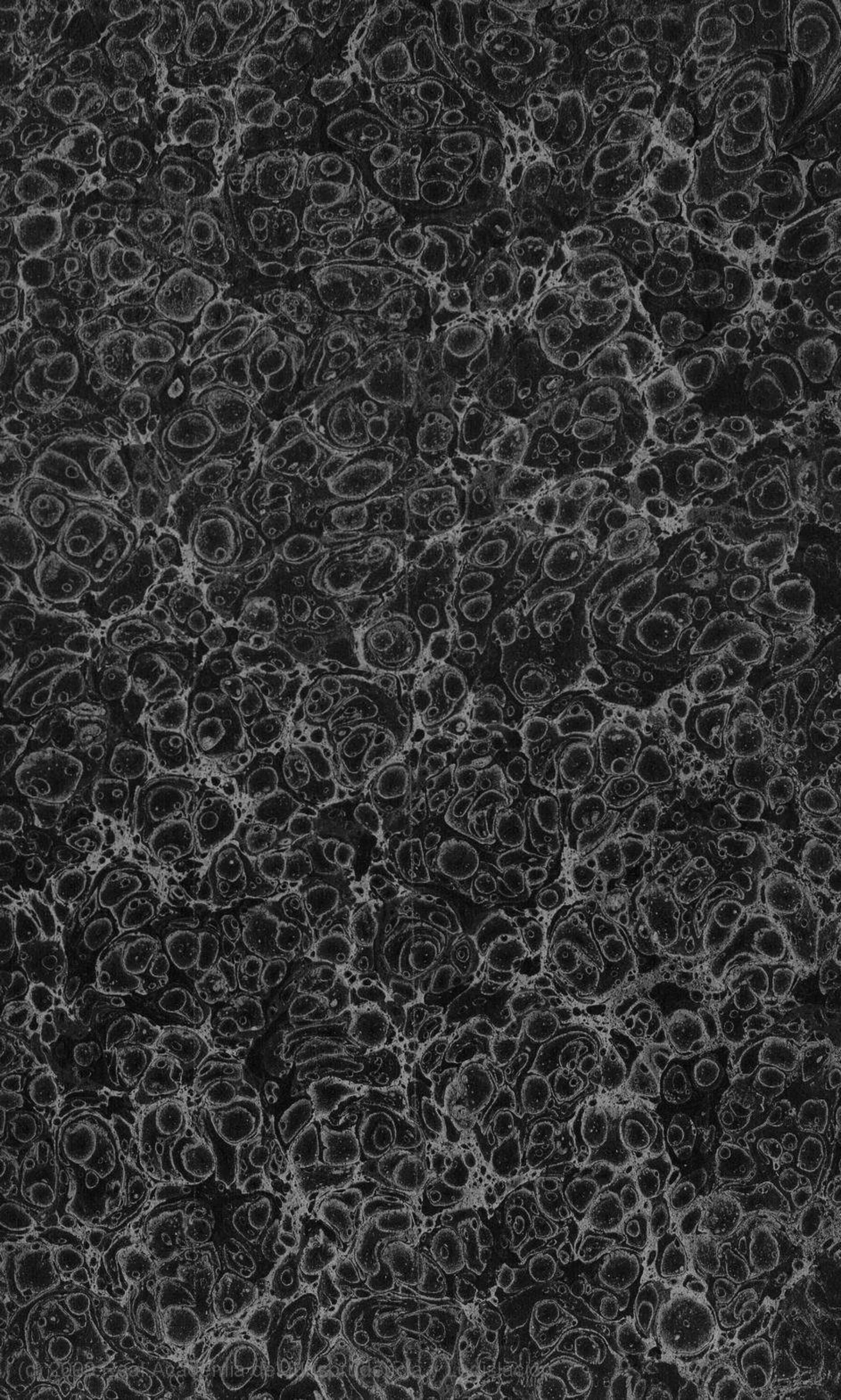
Catedrático de esta asignatura en la Universidad de Sevilla.

De venta en las principales librerías á seis pesetas.













VON IHERING

QUESTIONES  
JURIDICAS



DONATIVO  
AGUILERA



1 / 823