



Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ROBERTO DE RUGGIERO

Profesor de la R. Universidad de Nápoles

**INSTITUCIONES
DE
DERECHO CIVIL**

TRADUCCIÓN DE LA 4.^a EDICIÓN ITALIANA

ANOTADA Y CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

FOR

RAMÓN SERRANO SUÑER

Abogado del Estado y del Ilustre Colegio
de Zaragoza, Ex-Pensionado en las Uni-
versidades de Roma y Bolonia

Y

JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO

Doctor en Derecho, Laureado por la
Universidad de Bolonia

Volumen primero

INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL

**DERECHO DE LAS PERSONAS, DERECHOS REALES
Y POSESIÓN**

MADRID

EDITORIAL REUS (S. A.)

PRECIADOS, 6

CENTRO DE ENSEÑANZA

PRECIADOS, 1. — APARTADO 12.250

1929

ROBERTO DE RUGGIERO

Profesor de la R. Universidad de Nápoles

INSTITUCIONES
DE
DERECHO CIVIL

TRADUCCIÓN DE LA 4.^a EDICIÓN ITALIANA

ANOTADA Y CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

POR

RAMÓN SERRANO SUÑER

Abogado del Estado y del Ilustre Colegio
de Zaragoza, Ex-Pensionado en las Uni-
versidades de Roma y Bolonia

Y

JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO

Doctor en Derecho, Laureado por la
Universidad de Bolonia

Volumen primero

INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL
DERECHO DE LAS PERSONAS, DERECHOS REALES
Y POSESIÓN

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
PRECIADOS, 6

CENTRO DE ENSEÑANZA
PRECIADOS, 1.—APARTADO 12.250

1929

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

010276

29/5

- V. 7

DCNC

JIVR

EXALTIATI

A LOS

FONDO BIBLIOGRAFICO
ALFONSO NORIEGA CANTU
 Instituto Investigaciones Jurídicas
 U. N. A. M.



TALLERES TIPOGRAFICOS DE LA «EDITORIAL REUS» (S. A.)

Ronda de Atocha, 15 dup. (2597).

INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*A la Facultad de Derecho de
la Universidad de Madrid,
devotamente,*

LOS TRADUCTORES.

A mi padre Hector de Ruggiero, que me educó en la disciplina del trabajo y me inspiró el amor a la ciencia.

INDICE

	<u>Páginas</u>
BIBLIOGRAFIA.....	xv
I. INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL.....	I
CAPITULO PRIMERO.— <i>Conceptos fundamentales</i>	I
§ 1.— <i>La vida social y sus normas.</i> — Normas habituales, morales, religiosas, jurídicas y relaciones entre ellas.	I
§ 2.— <i>Noción y fundamento del derecho.</i> — La naturaleza humana, la convivencia, el orden, las libertades y su coexistencia. Definiciones del derecho.....	5
§ 3.— <i>Derecho objetivo y derecho subjetivo.</i> — Noción elemental. Referencia	9
§ 4.— <i>El derecho y la moral.</i> Esfera de las normas jurídicas y de las morales. Criterios de distinción. Relaciones entre el derecho y la moral.	11
§ 5.— <i>El derecho natural y el derecho positivo.</i> —Concepto romano y concepto de la escuela filosófica. Función y valor del derecho natural.	15
§ 6.— <i>La equidad.</i> — Concepto romano y concepto moderno. Función de la equidad y ayuda que presta al Juez.....	19
CAPITULO II.— <i>El derecho objetivo en particular</i>	23
§ 7.— <i>Definición y caracteres del derecho objetivo.</i> Elementos: a) fuente; b) forma y contenido: normas imperativas, permisivas, meramente negativas; c) caracteres y dirección: universalidad, destinatarios; d) sanción: coacción y posibilidad de la coacción; e) objeto: relación jurídica y sus elementos, hecho jurídico y expectativa. Institución jurídica.	23
* § 8.— <i>Derecho público y derecho privado.</i> — Criterio romano, criterios modernos. Definición de ambas ramas Las normas de orden público y su inderogabilidad.....	43
§ 9.— <i>Derecho universal y particular, normal y singular, absoluto y dispositivo.</i> —Caracteres de las distinciones, esfera de eficacia de las normas de cada grupo. El privilegio. El derecho singular de guerra.. . . .	51
† § 10.— <i>División del derecho público.</i> — a) Derecho constitucional, b) administrativo; c) penal; d) procesal; e) internacional; f) eclesiástico	62
§ 11.— <i>División del derecho privado.</i> Derecho civil mercantil. Relaciones entre ellos. Materia del derecho privado.....	71
CAPITULO III.— <i>Las fuentes del derecho objetivo</i>	76
§ 12.— <i>Clasificación de las fuentes.</i> —Fuentes en sentido lato y	

fuentes técnicas. Derecho escrito y no escrito. Fuentes inmediatas y mediatas; la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales y la equidad sobre el poder creador de normas del Juez.	76
§ 13. <i>La costumbre.</i> Definición: Elementos: a) externo o serie de actos semejantes; b) interno o convicción jurídica; los usos de hecho. Valor. Especies: <i>secundum legem praeter legem y contra legem.</i> El desuso. Conocimiento y prueba.	80
§ 14.— <i>La ley. Decretos y reglamentos.</i> Definición de la ley; leyes formales y substanciales. Sanción, promulgación, publicación, <i>vacatio legis</i> : Sistema sucesivo y sincrónico. Obligatoriedad e ignorancia de la ley. Leyes delegadas, leyes delegadas en tiempo de guerra. Reglamentos y decretos. Decretos-leyes. Reglamentos locales. Circulares. Poderes del Juez. Fiscalización externa y de mérito.	87
§ 15. <i>La codificación.</i> - Causas generales y específicas de la codificación. Precedentes de la codificación moderna. La codificación civil francesa; historia, valor, influjo del Code civil. La discusión entre Savigny y Thibaut y los Códigos modernos.	101
§ 16.— <i>La codificación en Italia y las fuentes del derecho civil italiano.</i> —La legislación civil en los ex Estados italianos. Unificación de las leyes civiles e historia del Código vigente; leyes modificativas complementarias del Código. Leyes de guerra. Caracteres y defectos. Las reformas.	116
CAPITULO IV. - <i>Interpretación de las normas jurídicas.</i>	131
§ 17.— <i>Concepto y elementos de la interpretación.</i> —Función de la interpretación y materia a que se aplica. Leyes claras, reglas lógicas y normas legales de interpretación, diversidad de criterios interpretativos en las diferentes ramas del derecho, naturaleza de las reglas interpretativas. Elementos del proceso interpretativo: a) filológico; b) lógico: <i>ratio vis occasio, meus legis</i> ; c) histórico: los trabajos preparatorios; d) sociológico.	131
§ 18.— <i>Especies y método de interpretación.</i> —I. Especies diversas de interpretación según el resultado: a) declarativa; b) extensiva; c) restrictiva. II. Analogía. Ficción legal. III. Según la fuente; a) doctrinal; b) jurisprudencial; c) auténtica: su abuso, la irretroactividad. IV. Métodos modernos de interpretación y lagunas del derecho.	147
CAPITULO V.— <i>Efectos y límites de eficacia de las normas jurídicas.</i>	164
§ 19.— <i>Límites de las normas jurídicas en el tiempo.</i> - Conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo. Cesación de las normas jurídicas en el tiempo y sus causas; derogación expresa o tácita; relaciones entre ley, costumbre y reglamento. Resolución de los conflictos. Aspecto abstracto y aspecto positivo del problema. Teoría de Savigny: normas relativas a la adquisición de derechos y a la existencia de Instituciones jurídicas. Teoría del derecho adquirido; facultades legales y meras expectativas. Críticas. Teoría fundada en la distinción entre normas de derecho público y normas de derecho privado. Teoría del hecho realizado. Los dos principios de la irretroactividad y de la retroactividad. Normas positivas de conflicto: a) en los dere-	

113 } 110

chos personales y de familia; <i>b</i>) en los derechos reales; <i>c</i>) en las obligaciones; <i>d</i>) en las sucesiones; <i>e</i>) en las formas y en las pruebas.....	164
§ 20.— <i>Efectos de las normas jurídicas en el espacio.</i> — Límites territoriales al imperio de las leyes. Aspectos abstracto y positivo del problema. Normas internas y convencionales de conflictos. La cuestión de la referencia. Historia y precedentes de las reglas de derecho internacional privado. Los principios de la personalidad y de la territorialidad; teoría de los estatutos. Doctrinas de Schöffner, Zachariae Wächter. La doctrina de la comunidad de derecho de Savigny. La escuela italiana y los principios de nacionalidad, territorialidad, autonomía de la voluntad y orden público. El orden público interno e internacional. Normas positivas de conflictos de los artículos 6-12 de las disposiciones preliminares: <i>a</i>) en los derechos personales y de familia; <i>b</i>) en los derechos reales; <i>c</i>) en las obligaciones; <i>d</i>) en los de sucesiones; <i>e</i>) en la forma.	184
CAPITULO VI.— <i>El derecho subjetivo en particular</i>	206
§ 21.— <i>Definición y caracteres del derecho subjetivo.</i> —Noción y definiciones. Elementos: <i>a</i>) voluntad, <i>b</i>) interés. Interés puro, interés legítimo, derecho subjetivo. El sujeto: los derechos sin sujeto. El sujeto físico, las personas jurídicas. Derechos innatos. Derecho de personalidad.....	206
§ 22.— <i>Categorías de los derechos subjetivos.</i> — Absolutos y relativos. Originarios y derivativos. Transmisibles e intransmisibles. Públicos y privados. Patrimoniales. Patrimonio, valoración económica de las lesiones. No patrimoniales: personales y familiares; derechos en la propia persona. Patrimoniales: reales y de obligación; criterio distintivo y figuras mixtas de obligaciones reales. Patrimoniales-familiares. Derecho sucesorio....	217
CAPITULO VII.— <i>Adquisición perdida y modificación de los derechos</i>	235
§ 23.— <i>Conceptos fundamentales.</i> — <i>a</i>) Nacimiento del derecho: adquisición, especies: originaria derivativa; <i>b</i>) extinción pérdida; <i>c</i>) modificaciones: α) subjetivas: multiplicación de sujetos, sucesión (universal, particular, <i>mortis causa inter vivos</i> ; enajenación, renuncia; β) Objetivas: cuantitativas, cualitativas, quietud, relatividad	235
§ 24.— <i>Los hechos jurídicos.</i> —Hechos naturales y voluntarios positivos y negativos, simples y complejos, pendencia, efectos prodromicos, retroactividad, ficción. Actos jurídicos: lícitos e ilícitos... ..	243
CAPITULO VIII.— <i>El negocio jurídico</i>	248
§ 25.— <i>Concepto, especies y elementos del negocio jurídico.</i> — Concepto y definición. Especies: <i>a</i>) negocios unilaterales y bilaterales; <i>b</i>) solemnes y no solemnes; <i>c</i>) <i>mortis causa e inter vivos</i> ; <i>a</i>) onerosos y gratuitos causales y abstractos. Elementos: esenciales, naturales, accidentales.....	248
§ 26.— <i>Determinación y manifestación de la voluntad.</i> — Manifestación: expresa, tácita, el silencio; formal y solemne. Discordancia entre voluntad y declaración. Causas de la discordan-	

cia: reserva mental, simulación, error obstativo. ¿Qué es lo que prevalece, la voluntad o la declaración? Solución del problema en la reserva mental, en la simulación, en el error obstativo.....	253
§ 27.— <i>Vicios de la voluntad.</i> —a) Violencia: vis absoluta y compulsiva; requisitos: amenaza seria, violencia injusta, daño grave, temor racional (<i>el timor reverentialis</i>) nexo de causalidad. Efectos. b) Error. Sus especies: esencial concomitante: α) <i>error in negotio</i> , β) <i>e in corpore</i> . γ) <i>e in substantiae</i> , δ) <i>e in persona</i> , ε) <i>e in qualitate, in quantitate</i> . Error de hecho y de derecho. Error en los motivos. Requisitos: Causa única o principal, excusabilidad, influencia en los diferentes negocios; c) Dolo, sus especies; d) <i>bonus, malus, causamdans, incidens</i> . Efectos...	262
§ 28.— <i>La representación.</i> —El representante y el nuncius. Concepto y requisitos de la representación. Representación legal, voluntaria; ratificación. Admisibilidad de la representación..	272
§ 29.— <i>La causa en los negocios jurídicos.</i> —La causa y los motivos, concepto y definición. Negocios causales, negocios abstractos y formales. Discusión sobre la existencia y utilidad de la causa como requisito en sí del negocio.....	278
§ 30.— <i>Elementos accidentales del negocio jurídico. Condición.</i> —Concepto de los elementos accidentales. Concepto y esencia de la condición. Especies: Suspensiva, resolutoria; positiva, negativa; potestativa, causal, mixta. Requisitos de la condición y condiciones impropias; c. <i>in proescus v. in praeteritum collatoe</i> ; c. <i>necessarie</i> ; c. <i>iuris</i> ; c. imposibles y su tratamiento, c. ilícitas, inmorales, perplejas y captatorias. Efectos: en la prudencia, en el cumplimiento, en la deficiencia.....	286
§ 31.— <i>Término y modo.</i> —Concepto del término. Especies: inicial, final. Requisitos: Incerteza en el <i>quando</i> , en el <i>an</i> . Efectos. Concepto del modo, sus características, requisitos del fin, efectos.....	299
§ 32.— <i>Ineficacia del negocio jurídico.</i> —Concepto de la ineficacia o invalidez, terminología. I. Nulidad: sus causas. Nulidad textual y virtual, parcial y total, originaria y sucesiva. Efectos: insanabilidad del acto nulo. Conversión. II. Anulabilidad: sus causas. Acción de anulación. Sanatoria. Confirmación expresa, c. tácita o ejecución voluntaria.....	305
CAPITULO IX.— <i>Influencia del tiempo en las relaciones jurídicas..</i>	317
§ 33.— <i>Influencia y cómputo del tiempo.</i> —Modos de determinación del tiempo. Computación natural y civil. Reglas jurídicas. El <i>dies a quo</i> y el <i>dies ad quem</i> en la computación civil. Lo inmemorial.....	317
§ 34.— <i>Prescripción extintiva y caducidad.</i> —Concepto y fundamento de la prescripción extintiva. Su objeto: los derechos imprescriptibles, las <i>res meroe facultatis</i> , las excepciones. Prescripción de la acción y prescripción del derecho. Iniciación y duración de la prescripción: la <i>actio nata</i> , los derechos condicionales o a término. La prescripción ordinaria, las prescripciones breves, extintivas y presuntivas. Suspensión de la prescripción: sus causas. Interrupción: natural y civil. Eficacia de la prescripción: cómo actúa; renuncia. Caducidad.....	320

	<u>Páginas</u>
II. — DERECHO DE LAS PERSONAS.....	339
CAPITULO X.— <i>Las personas físicas</i>	339
§ 35.— <i>Personalidad y sus requisitos</i> .—Capacidad jurídica y capacidad de obrar. Requisitos: <i>a)</i> pacimientos: la regla <i>conceptus pro nato habetur</i> ; <i>b)</i> vida, <i>vitalidad</i> : presunciones.....	339
§ 36.— <i>Causas modificativas de la capacidad</i> .— <i>a)</i> Edad, grados, límites de edad para especiales actos, vejez, representación del menor, emancipación; <i>b)</i> Salud: enfermedades físicas y mentales; <i>c)</i> Condena penal, efectos diversos. Infancia. Quiebra. El sexo y la condición jurídica de la mujer: derecho anterior, reformas recientes, equiparación de la mujer al hombre. La diversidad de razas, de casta, etc. Incapacidad natural e incapacidad legal. Relaciones entre sí, problema de derecho positivo.....	343
§ 37.— <i>El estado de ciudadanía</i> .—Sujeción política y pertenencia étnica. Complejidad de la relación de ciudadanía y su regulación. Legislación italiana y principios en que se inspira: los extranjeros y los enemigos en la legislación de guerra. I. Adquisición: <i>a)</i> relación de sangre; <i>b)</i> relación territorial; <i>c)</i> matrimonio; <i>d)</i> elección; <i>e)</i> concesión soberana. II. Pérdida: <i>a)</i> renuncia; <i>b)</i> elección; <i>c)</i> matrimonio. III. Readquisición ...	361
§ 38.— <i>El estado de familia</i> .—I. Parentesco: <i>a)</i> legítimos: grados, líneas, computación de los grados; parentesco unilateral; <i>b)</i> legitimado: legitimación por subsiguiente matrimonio y por Real decreto; <i>c)</i> natural: declarado y reconocido. II. Afinidad, grados. III. Parentesco civil. Efectos del parentesco y de la afinidad..	376
§ 39.— <i>La sede jurídica de la persona</i> .—Importancia de la sede para la persona. I. Permanencia. II. Residencia. III. Domicilio: Su carácter de relación jurídica. Pluralidad y falta de domicilio. Fijación y cambio. Domicilio de origen y adquisición, voluntario y necesario, general y especial o electivo.....	386
§ 40.— <i>Extinción de la capacidad. Ausencia</i> .—La muerte. Prueba y presunciones de muerte. Declaración de muerte para los desaparecidos en campaña. Momento de la muerte, comorienta y presunciones de premoriencia. Ausencia. Sus elementos y períodos. Ausencia presunta y declarada. Sus estadios y efectos. Efectos de la ausencia en las relaciones familiares y en los derechos del ausente.....	397
§ 41.— <i>Las actas del estado civil</i> .—Fin y naturaleza de las actas del estado civil. Los registros y la función del Estado. Elementos constitutivos: <i>a)</i> oficial del estado civil; <i>b)</i> declarante, <i>c)</i> testigos. Formalidades y garantías. Rectificación de las actas. Falta y desaparición de éstas. Anotación. Fuerza probatoria de los registros y sus extractos. Formalidades y requisitos esenciales.....	418
CAPITULO XI. - <i>Las personas jurídicas</i>	431
§ 42.— <i>Concepto y requisitos de existencia</i> .—Naturaleza de los organismos sociales y teorías sobre su concepto y personificación: El elemento personal y el real en las corporaciones y fundaciones. Requisitos: <i>a)</i> organización de personas o de bie-	

nes: el vínculo corporativo, la voluntad del fundador, disposición modal e institución directa; <i>b</i>) fin: lícito, impersonal, durable determinado; <i>c</i>) reconocimiento, su naturaleza, poder competente, expreso y tácito, personas jurídicas extranjeras.	431
§ 43.— <i>Categorías. Capacidad y representación.</i> —Entes públicos y privados. Criterios distintivos y efectos. Entes civiles y eclesiásticos. Sociedades mercantiles, herencia yacente. Universidades. Sociedades civiles, asociaciones, comisiones. Capacidad y límites positivos. Vigilancia y tutela. Representación y órganos. Domicilio.....	451
§ 44.— <i>Fin. Destinación de un patrimonio.</i> —Causas de extinción de la persona jurídica: <i>a</i>) defecto del elemento personal o real; <i>b</i>) del fin; <i>c</i>) del reconocimiento: Supresión, fusión, transformación y poderes competentes. Suerte del patrimonio: teorías diversas.....	468
III.—DERECHOS REALS.....	474
CAPITULO XII.— <i>Las cosas y los bienes</i>	474
§ 45.— <i>Noción y distinciones jurídicas de las cosas.</i> —Concepto de cosa y de bienes. Clasificación de las cosas y su importancia: <i>a</i>) corporales e incorpóreas: bienes inmateriales y derechos, derechos sobre derechos; <i>b</i>) consumibles; <i>c</i>) fungibles; <i>d</i>) durables; <i>e</i>) simples y compuestas. Universalidades de hecho y de derecho; <i>f</i>) principales y accesorias. Pertenencias. Frutos: naturales, civiles, pendientes, separados, percibidos; adquisición. Gastos: necesarios, útiles, de ornato o recreo; reembolso.	474
§ 46.— <i>Distinción entre cosas muebles e inmuebles.</i> —Origen e importancia. Criterios antiguos y modernos de distinción: <i>a</i>) Inmuebles: α) por naturaleza; β) por destino; γ) por determinación legal; <i>b</i>) muebles: α) por naturaleza; β) por determinación legal.....	496
§ 47.— <i>Distinción de los bienes según su pertenencia.</i> —Cosas en el comercio y fuera del comercio; <i>b</i>) patrimoniales y extrapatrimoniales; <i>c</i>) demaniales y patrimoniales. Concepto de la demanialidad: cosas destinadas al uso público, bienes indisponibles. Naturaleza del derecho del Estado en los bienes demaniales, efectos de la demanialidad: inalienabilidad e imprescriptibilidad. Bienes demaniales.....	505
CAPITULO XIII.— <i>La propiedad</i>	521
§ 48.— <i>Noción y caracteres de la propiedad.</i> —El señorío y la pertenencia, caracteres abstracto y elástico del dominio. Definiciones doctrinales y legales. Objeto del dominio: la propiedad literaria y artística; la propiedad del espacio aéreo y del subsuelo. Carácter absoluto del dominio: el abuso del derecho y los actos de emulación.....	521
§ 49.— <i>Limitaciones de la propiedad.</i> — <i>A. Limitaciones de interés público.</i> —Las limitaciones y servidumbres legales. Limitaciones impuestas en interés público: <i>a</i>) expropiación por causa de utilidad pública; <i>b</i>) requisiciones militares; <i>c</i>) aguas públicas; <i>d</i>) conservación de caminos; <i>e</i>) bosques; <i>f</i>) saneamientos; <i>g</i>) minas; <i>h</i>) edificaciones; <i>i</i>) servidumbres militares; <i>j</i>) higiene y seguridad; <i>k</i>) comunicaciones aéreas y transmisión de fuer-	

zas; <i>l</i>) monopolios; <i>m</i>) antigüedades y bellas artes. Limitaciones excepcionales por causa de guerra.....	535
§ 50.— <i>Limitaciones de interés privado y derecho de vecindad.</i> —Criterios generales. Teorías de la intromisión y de la normalidad del uso. Limitaciones: <i>a</i>) curso natural de las aguas; <i>b</i>) reparación de orillas y limpieza de canales; <i>c</i>) uso de las aguas y de los manantiales: toma de agua, restitución de derrames y sobrantes, la no desviabilidad de los cursos de agua; <i>d</i>) comunidad forzosa de pared; <i>e</i>) distancias que hay que guardar en las construcciones, excavaciones y plantaciones; <i>f</i>) corte de ramas y raíces y recolección de frutos; <i>g</i>) luces y vistas; <i>h</i>) estilicidio; <i>i</i>) paso y acceso forzoso; <i>j</i>) acueducto forzoso; <i>k</i>) desagüe coactivo.....	545
§ 51.— <i>Comunidad y condominio.</i> —Comunidad y copropiedad. Objeto del derecho de los condóminos. La cuota: teorías tradicional y moderna. El <i>condominium iuris romani</i> y el <i>c. iuris germanici</i> . I. Comunidad ordinaria. Poderes o facultades del condómino; <i>a</i>) goce y administración de la cosa: <i>ius prohibendi</i> e innovaciones; <i>b</i>) división: sus normas y efectos, comunidad de pastos. II. Comunidad forzosa: <i>a</i>) presunciones; <i>b</i>) adquisición de la comunidad; <i>c</i>) uso de la cosa común; <i>d</i>) propiedad de los pisos de un edificio.....	567
§ 52.— <i>Modos de adquisición de la propiedad.</i> —Originarios y derivativos; a título universal y particular; por actos entre vivos y <i>mortis causa</i> . La enumeración de los modos de adquirir del artículo 710 del Código civil.....	587
§ 53.— <i>Ocupación.</i> —Requisitos de la ocupación y cosas ocupables, los inmuebles: <i>a</i>) caza y pesca; <i>b</i>) tesoro; <i>c</i>) cosas perdidas y abandonadas; <i>d</i>) cosas arrojadas al mar.....	594
§ 54.— <i>Accesión.</i> —Concepto y figuras que comprende. Principios generales. Adquisición de la propiedad y restablecimiento del equilibrio patrimonial. Especies: <i>a</i>) <i>Accesión de inmueble e inmueble</i> ; α) aluvión; β) avulsión; γ) isla nacida en el mar; δ) cauce abandonado; ϵ) animales inmuebles por destino; <i>b</i>) <i>Accesión de mueble e inmueble</i> : siembra, plantación y construcción; <i>c</i>) <i>Acción de mueble e inmueble</i> : α) adjunción; β) especificación; γ) mezcla.....	603
§ 55.— <i>Enajenación voluntaria. Transcripción.</i> —Traspaso del dominio mediante el simple consentimiento. Atenuaciones. La posesión de muebles. La transcripción, su función, origen y ordenamiento: <i>a</i>) actos sujetos a transcripción; <i>b</i>) forma de ejecución de la transcripción; <i>c</i>) efectos. Reforma y extensión. Otros sistemas de publicidad de los derechos inmobiliarios. Act Torrens y libros fundiarios.....	619
§ 56.— <i>Prescripción adquisitiva.</i> —Definición y justificación de la institución. Requisitos: <i>a</i>) objeto idóneo; <i>b</i>) posesión; <i>c</i>) transcurso del tiempo. Prescripción de treinta años, pr. decenal: título y buena fe.....	639
§ 57.— <i>Tutela de la propiedad.</i> —Medios diversos. I. Reivindicación; sus requisitos: <i>a</i>) objeto idóneo: reivindicación mobiliaria; <i>b</i>) legitimación activa: la prueba del dominio, la <i>a publiciana</i> ; <i>c</i>) legitimación pasiva; los <i>ficti possessores</i> . Efectos de la reivindicación: frutos, gastos <i>ius tollendi</i> y <i>ius retentionis</i> .	

II. Acción negatoria. Acciones de confines; a) de deslinde, regulación de límites. Acciones de denuncia: a. de denuncia de obra nueva; a. de daño tenido.....	650
CAPITULO XIV.— <i>Derechos reales de goce</i>	666
§ 58.— <i>Nociones y categorías</i> .—Las llamadas servidumbres personales y prediales. Caracteres comunes a los diferentes <i>iure in re aliena</i>	666
§ 59.— <i>Usufructo, uso y habitación</i> .—Carácter de las normas. I. Usufructo, su contenido y definición: a) constitución; b) objeto: el cuasi usufructo; c) derechos del usufructuario: α) posesión; β) goce; γ) disposición; d) obligaciones del usufructuario; α) en el comienzo; β) en el goce; γ) al final; e) extinción. II. Uso y habitación. Constitución, derechos y obligaciones del usuario, extinción. III. Las servidumbres irregulares: su inadmisibilidad como relaciones de naturaleza real.....	672
§ 60.— <i>Servidumbres</i> .—I. Concepto y naturaleza. Categorías y tipos fijos en el derecho romano; las servidumbres en el derecho civil. II. Reglas generales: a) <i>servitus in faciendo consistere nequit</i> ; b) <i>nemini res sua servit</i> ; c) inalienabilidad de las servidumbres; d) <i>s. servitutis esse non potest</i> ; e) <i>s. dividi non possunt</i> ; f) perpetuidad de la causa; g) <i>vicinitas</i> . III. Categorías: a) afirmativas y negativas; b) continuas y discontinuas; c) aparentes y no aparentes. IV. Constitución: a) modos: α) títulos; β) Usucapión; γ) destinación del padre de familia; b) capacidad del constituyente y adquirente. V. Ejercicio: a) facultades y obligaciones del titular de la servidumbre; b) del propietario del fundo sirviente. VI. Extinción: a) cambio de estado; b) confusión; c) no uso. Tutela o defensa de las servidumbres.....	690
§ 61.— <i>Enfiteusis</i> : su origen, desenvolvimiento histórico y función económico-social: a) Naturaleza de la relación: Carácter de <i>ius in re aliena</i> del derecho del enfiteuta; b) Objeto y constitución; c) Elementos: fundo rústico o urbano, mejora, canon; d) Derechos del enfiteuta: de goce, de disposición, de redención; e) Obligaciones del enfiteuta: mejora, pago del canon, cargas; f) Derechos del concedente reconocimiento, devolución; g) Extinción, superficie, su origen y naturaleza en derecho romano. Discusión sobre su supervivencia en el derecho civil..	727
CAPITULO XV.— <i>Derechos reales de garantía</i>	741
§ 62.— <i>Nociones generales</i> .—Caracteres diferenciales de los derechos de garantía y de los demás derechos reales. Su finalidad. Naturaleza real y accesoria de la prenda y de la hipoteca. Las causas de prelación y los privilegios; sus relaciones con la prenda y la hipoteca.	741
§ 63.— <i>Prenda</i> .—Definición: a) objeto; b) requisitos capacidad del constituyente, traslado de la posesión, forma escrita; c) efectos: α) derechos y obligaciones del acreedor, <i>persecutio erga omnes</i> , venta forzosa y adjudicación de la prenda, prohibición del pacto comisorio, extensión a los sucesivos créditos, indivisibilidad; β) derechos y obligaciones del constituyente; d) extinción.....	746
§ 64.— <i>Hipoteca</i> .—Precedentes históricos. Caracteres, principio	

de la especialidad y publicidad; realidad, indivisibilidad; a) Objeto, inmuebles, rentas nominativas, el sobre, el Estado; b) Causas y especies: α) hipoteca legal. β) judicial; γ) convencional: capacidad del constituyente; bienes presentes, existencia del crédito, forma escrita; c) Publicidad: α) inscripción: su función y forma; β) renovación; γ) anotación; δ) reducción; ε) cancelación; d) Efectos: α) en las relaciones entre acreedor y deudor; β) en las relaciones de los acreedores entre sí: la prioridad del grado y la prioridad de la inscripción, extensión del grado a los accesorios, subrogación hipotecaria del acreedor perjudicado; γ) en las relaciones entre acreedor y tercer poseedor; facultades concedidas a este último: pago, purgación, entrega y limitaciones relativas; e) Extinción.....	754
IV.—POSESIÓN.....	778
CAPITULO XVI.— <i>La posesión</i>	778
§ 65.— <i>Noción de la posesión y fundamento de su defensa</i> .—Concepto de la posesión en general. El concepto romano: el <i>corpus</i> y el <i>animus</i> y las teorías de Savigny y de Ihering, terminología de las fuentes: <i>Possessio, p. naturalis</i> o <i>corporalis, p. civilis, p. iusta e iniusta</i> . El concepto moderno: tipos varios de la relación de la persona con la cosa y tipos diversos de posesión en las legislaciones: definición, requisitos de la posesión en el Código civil italiano. Objeto de la posesión: las cosas y los derechos y limitaciones relativas, coposesión. Fundamento de la tutela posesoria: teorías varias. Sobre si la posesión es una <i>res facti</i> o un <i>ius</i>	778
§ 66.— <i>Adquisición y pérdida de la posesión</i> .—I. Adquisición. 1) Adquisición directa: requisitos: a) en orden al <i>corpus</i> ; b) en orden al <i>animus</i> ; 2) Adquisición por representante, requisitos: a) en el representante; b) en el representado. II. Pérdida: a) por cesación del <i>corpus</i> y del <i>animus</i> ; b) sólo del <i>corpus</i> ; c) sólo del <i>animus</i> ; pérdida de la posesión tenida por medio de representantes. III. Continuación y conjunción de la posesión <i>successio</i> y <i>accessio possessionis</i>	803
§ 67.— <i>Grados y efectos de la posesión</i> .—Los tres grados según el derecho civil: 1) posesión natural; 2) posesión legítima, sus requisitos y caracteres: a) continua; b) no interrumpida; c) pacífica; d) pública; e) inequívoca, actos de tolerancia y meramente facultativos; 3) posesión de buena fe: título <i>bona fides</i> . Efectos y beneficios de la posesión; 1) de la posesión natural; 2) de la posesión legítima; 3) de la posesión de buena fe.	817
§ 68.— <i>Tutela de la posesión</i> .—Orígenes: Los interdictos romanos, los remedios y los elementos romanísticos, <i>complainte</i> y <i>mandatum de manutenendo</i> ; el <i>remedium spoli</i> del derecho canónico. I. Acción de mantenimiento. Requisitos: a) posesión legítima; b) de más de un año; c) objeto exclusión de los muebles; a) perturbación; función recuperatoria; e) ejercicio dentro del año. II. Acción de despojo. Requisitos: a) posesión cualquiera; b) objeto; c) despojo violento y oculto; d) ejercicio dentro del año. Relaciones de las acciones posesorias entre sí y de éstas con las petitorias.....	830

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICION

Este libro ha nacido de la escuela. Su contenido son las lecciones por mí profesadas en la Universidad de Nápoles, tal como las dicté, sin quitar ni añadir nada, salvo las indicaciones bibliográficas y alguna nota explicativa.

Con ello queda de manifiesto, cuál es la índole del libro y cuál su fin. A algunos, quizás parezca demasiado extenso para ser una exposición de principios elementales y esenciales, ofrecida a los novicios del derecho civil. A otros, tal vez demasiado breve si se buscan en ella las justificaciones, las causas históricas, los desenvolvimientos de cada institución y de cada concepto. Me he mantenido en un término medio, esforzándome en conciliar la doble exigencia de una enseñanza elemental, que diese al propio tiempo las razones de las cosas, para no descender nunca de la altura de los estudios universitarios. No sé si lo he conseguido; pero bien saben todos los que como yo enseñan cursos propedeuticos, lo arduo de la tarea y la satisfacción que proporciona el conseguir, aunque sólo sea en una mínima parte, el fin perseguido.

Nápoles, Marzo de 1915.

R. DE RUGGIERO.

PREFACIO A LA TERCERA EDICIÓN

La buena acogida que los estudiosos han dispensado a este tratado elemental, me ha alentado a hacer una nueva edición. Estaba yo obligado a mejorar y hacer más completo el libro. En las anteriores ediciones, había intencionadamente omitido el tratar el derecho de familia, ya porque en los primeros años me faltó la ocasión de ocuparme de él en mis lecciones académicas, o porque esta materia exigía una más meditada elaboración doctrinal, por ser la menos fácil de exponer de un modo sintético. En la presente, lo he añadido colmando la laguna, y, como quiera que la legislación de guerra ha introducido en el derecho privado muchas e importantes innovaciones permanentes o transitorias, he querido también hacer referencia a ellas.

El libro ha aumentado de volumen, pero su finalidad subsiste idéntica: la escuela y la juventud, a las que van dirigidos todos mis pensamientos.

En el cuidado de ésta edición, me ha ofrecido preciosa ayuda un joven culto y entusiasta, que es una bella esperanza para nuestros estudios, el juez Julvio Maroi. Me es grato hacer constar públicamente mi gratitud hacia él.

INTRODUCCION Y PARTE GENERAL

CAPITULO PRIMERO

Conceptos fundamentales

§ 1.—*La vida social y sus normas*

Filomusi, Enc. § 14; Vanni, Lez. pág. 57; Brugi, Intr. § 8; Holtzendorff, Enc. I, pág. 6

Quien por primera vez emprende el estudio de las disciplinas jurídicas se representa la noción del Derecho como una esfera de actos circunscrita a los más graves y solemnes, de forma que la idea del Derecho en él es inseparable de tales actos; la ve aneja siempre a la contestación judicial, al proceso, al juez.

Nada más erróneo que esta concepción incompleta, propia no sólo de las mentes juveniles, sino también de aquellas otras cultivadas que carecen del hábito de considerar la vida en su aspecto jurídico. Por poco que así la contemplemos, el Derecho surge, se manifiesta en derredor de todo acto, puesto que la vida no se desenvuelve sino a través de una serie infinita de manifestaciones jurídicas.

En casi todos los actos de la vida cotidiana, incluso en aquellos que a primera vista aparecen como más insignificantes y banales, podemos descubrir el Derecho que resulta vivido y actuado continuamente por los hombres hasta cuando menos piensan o se proponen cumplir actos jurídicos. El que paseando por la playa recoge la concha preciosa allí arrojada por las olas del

mar, el fumador que deja caer el residuo de su cigarro y el campesino que sembrando su campo derrama simiente en el del vecino, ignoran que producen actos jurídicos; que el primero realiza una *occupatio*, es decir, adquiere la propiedad de una cosa *nullius*, que el segundo efectúa una *derelictio*, abandonando su propiedad en la cosa, que el tercero da lugar a una figura de accesión, la *satio*, esto es, hace al vecino propietario de la simiente vertida en su campo. Y entre nosotros mismos, ¿quién advierte la realización de actos jurídicos, al concluir, por ejemplo, un contrato de compra-venta cuando deposita la moneda en manos del dueño de un estanco para adquirir una caja de cerillas, o un contrato de arrendamiento al ocupar un automóvil público?

Lo cierto es que la vida está dominada por el Derecho, lo mismo en las manifestaciones más humildes que en las más solemnes, siendo infinitas las relaciones sometidas a él, ya sean relaciones de hombre a hombre, o entre el individuo y el grupo social, la familia, el municipio, el Estado a que pertenece, o los grupos entre sí.

Por el contrario, no es raro que aquellos que ignoran la esencia del fenómeno jurídico, asignen a ciertos actos que son extraños al Derecho, un contenido jurídico sólo porque en el lenguaje vulgar se suele emplear la palabra Derecho. Cuando alguien afirma, por ejemplo, tener derecho al saludo del amigo, o a considerarse ofendido por una falta de respeto con él cometida, o a la deferencia de su subordinado, pudiera ocurrir que creyera en la existencia de materia jurídica, en una forma de manifestación del derecho.

También esto es inexacto, porque si bien el Derecho domina y regula toda la vida de los hombres, no todo acto en particular es gobernado por aquél, pues hay algunos que le están sustraídos y son disciplinados y regulados por normas de condición muy diferentes a las jurídicas.

Hay, pues, en la vida social muchas normas o series de normas a las que el hombre se halla sometido, que regulan su conducta, ya sea en sus relaciones con los demás hombres o con los grupos mayores o menores en que aquéllos se asocian, sea en sus relaciones con los demás seres vivientes o con la divini-

dad, sea, en fin, fuera de toda relación externa, esto es en la conducta del individuo en sí misma contemplada, frente a su conciencia.

Estas normas, que regulan todo el mundo del espíritu y que son un producto directo de la vida social, son normas del indumento, de la conveniencia, de la etiqueta, de la moral, de la religión o del Derecho. Obedece a normas de la primera especie quien cumple uno de aquellos deberes que el decoro, el honor u otros sentimientos propios de un grupo social o de un determinado momento histórico imponen a los hombres y cuya violación ni lleva aparejada sanción religiosa o jurídica ni es considerada como acto inmoral por la conciencia común, sino que tan sólo es desaprobada como acto inconveniente en sí. Obedece a normas morales aquel que sin ser constreñido por un precepto divino o por una orden del Estado, exento de toda sanción civil o religiosa, se comporta en sus acciones como exige el sentimiento ético de la sociedad en que vive: esto es, obra en conformidad con las leyes de la honestidad por libre determinación interna de la conciencia, de modo que la desaprobación que también aquí ocasiona la conducta contraria, no se detiene en la forma exterior del comportamiento, como sucede cuando se viola la norma externa, sino que penetra más adentro; el juicio investiga la buena o mala voluntad del agente para desaprobala cuando se aparta del sentimiento ético general y exaltarla cuando se conforma a éste. Obedece a normas religiosas aquel que en su conducta se inspira en preceptos dictados por la divinidad, en aquellos preceptos que son comunes a los creyentes de una determinada confesión religiosa y que dimanen de los órganos de representación de la divinidad: normas cuya observancia viene impuesta por la fe y por el respeto a sus mandatos; la sanción viene constituída lo más frecuentemente por la promesa de premios o penas en la vida ultraterrena, y viene actuada por los órganos que representan la divinidad. Obedece, en fin, a normas jurídicas aquel que conforma su conducta a las reglas emanadas del Estado, a aquellos preceptos que emanan de los poderes constituídos del Estado, constituídos a este fin según una peculiar ordenación, como mandato que se impone necesariamente a

la voluntad y a la acción del particular y que puede adoptar la forma de un precepto positivo en cuanto es orden de hacer algo o la de un precepto negativo en cuanto es prohibición; o, finalmente, la de uno permisivo en cuanto es declaración de una pura facultad de poder hacer o no hacer.

Las relaciones entre sí de estas normas, que en su conjunto abrazan y regulan toda la humana actividad, ya sea la del pensamiento y la voluntad, ya de la acción, son naturalmente, distintas, según el grado de civilización y cultura de los pueblos.

En los tiempos en que el Derecho aún no se ha separado de la teología y la acción del Estado sobre los particulares no se desenvuelve de un modo autónomo e independiente, las normas religiosas se confunden con las jurídicas; fuera de las normas religiosas no hay otros preceptos (ya sean del Derecho o de la moral), porque fuera de aquello que la norma religiosa impone o prohíbe nada es impuesto o prohibido a los particulares; ella absorbe en sí toda la actividad de los hombres y la gobierna de modo exclusivo. Más tarde se separan las normas jurídicas de las religiosas, cuando el Estado, a quien se ha adjudicado la misión de disciplinar la conducta de los asociados, dicta, para éstos, preceptos que emanan de su autoridad, como de la idea divina derivaban las normas religiosas. De éstas una parte va fundida en lo jurídico; así sucederá que lo que la religión ordena o prohíbe lo ordene y prohíba el Derecho.

Posteriormente, las normas se separan de la moral.

Como las jurídicas y las religiosas, tienden también las morales a someter a su propio imperio la conducta de los hombres y a gobernarla. Por eso poseen esferas comunes, preceptos fundidos. Sucede que lo que el Derecho impone o prohíbe lo imponga y prohíba también la ley moral. El fenómeno de transfusión de los preceptos de un campo a otro es más intenso aquí, ya que muchos de los preceptos que antes eran morales han pasado hoy a ser jurídicos, y puede decirse que la tendencia es que sean absorbidos en la esfera del Derecho.

Ahora bien; de todas estas normas sociales, las más importantes son las jurídicas, es decir, aquellas que en un determinado momento histórico se diferencian de todas las otras por esta

doble característica; ante todo, porque en cuanto son impuestas por el Estado y obligatorias en su observancia tienen fuerza coactiva; en segundo lugar, porque mientras todas las demás normas no crean sino deberes (son unilaterales), las jurídicas crean al mismo tiempo deberes y pretensiones (son bilaterales).

Cuando haya adquirido este carácter la norma se convierte en jurídica y no interesa a la ciencia del Derecho la cuestión de si figura al mismo tiempo en otras esferas de normas.

Hay, en efecto, al lado de aquellas que son creadas directa y exclusivamente por el Derecho, otras normas que son jurídicas, pero al mismo tiempo son también morales o religiosas o contenidas en ciertos usos; porque la moral, la religión, los usos exigen una conducta no diversa de aquella que el Derecho exige. Así, el precepto divino y el moral, como el precepto jurídico, prohíben, por ejemplo, el robar o imponen a los padres la obligación de alimentar a sus hijos; es un uso y al propio tiempo una norma jurídica la exigencia de observar una cierta precedencia entre los cargos oficiales en las solemnidades; pero es fácil comprender que—cualquiera que sea el origen de la norma jurídica y la esfera a que pertenecía antes de su transformación en norma jurídica—cuando el precepto reviste la forma perfecta de norma coactiva, el haber pertenecido o pertenecer actualmente a otras esferas pierde importancia, puesto que lo que en el mundo jurídico se toma en consideración es solamente la naturaleza del precepto jurídico.

§ 2.—*Noción y fundamento del Derecho*

Filomusi Enc. §§ 5-13; Intr. §§ 7-14; Vanni, Lez. pág. 45; Holtzendorff, Enc. I, páginas 10, 72, 298; Lasson Rechtsphil., § 3, 5; Boistel Phil du dr. I, pág. 21, pág. 71; Regelsberger Pand. I, § 9 (1).

El Derecho es norma de las acciones humanas en la vida so-

(1) Ver también: Del Vecchio *Il concetto del Diritto*, Bologna, 1912. Ravá *Il Diritto come norma tecnica* (*St. econ. giur. di Cagliari III*, 1, 1911, página 33 y siguientes).

cial establecida por una organización soberana e impuesta coactivamente a la observancia de todos.

Surge como un producto de la vida social y como creación del espíritu humano; por los hombres es creado y a los hombres sirve, puesto que gobierna sus actos dirigiéndolos al fin supremo que es la realización del bien (1).

Su fundamento natural es la naturaleza humana. No hay, en efecto, posibilidad de concebir un conjunto de normas que regulen la vida de los demás seres inferiores que no sean leyes físicas, químicas o biológicas; y si alguno de los jurisconsultos romanos (2) pudo hablar de un Derecho natural que no es propio y exclusivo de los hombres sino común a éstos y a todos los animales, no hay que entender esto como verdaderas y propias normas jurídicas, sino más bien como reglas de la naturaleza, las cuales hacen que así como los hombres se unen en matrimonio procrean y educan los hijos, así también determinan el que los animales se emparejen obedeciendo al instinto de conservación de la especie y cuiden también de sus crías.

Sin embargo, pueden los animales ser también tomados en consideración por el Derecho, pero cuando esto sucede no se trata de una regulación de relaciones entre el hombre y los animales, puesto que la relación no puede darse más que de hombre a hombre: se trata, al contrario, de normas jurídicas preordenadas a fines sociales; como por ejemplo, las que prohíben maltratar a las bestias que tienden a elevar el sentimiento humano y

(1) El escrito citado de Ravá tiende a demostrar que el Derecho es una norma técnica en cuanto que lo mismo que otra norma técnica (cuya función es prescribir los medios para la consecución de un fin) la norma jurídica prescribe una conducta determinada para conseguir el fin de la conservación del consorcio social: no pertenece, por tanto, a las normas éticas, las cuales prescriben acciones determinadas como buenas en sí y no como preordenadas a un fin.

(2) Ulpiano I, 1 § 3, D. 1-1: «*Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quae in terra quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum pro creatio, hinc educatio: Videmus et enim cetera quoque animalia feras etiam istius juris peritiae censerit.*».

a evitar el brutal espectáculo de una crueldad ejercida en seres sensibles.

La naturaleza humana, como base y fundamento del Derecho no es la del hombre en estado salvaje y de aislamiento. Para la consecución de los fines que la humanidad persigue, para la realización del bien y la actuación de su fin supremo, que es la perfección, el hombre tiene necesidad de vivir no en estado de aislamiento, sino en relación con sus semejantes. El hombre nace ya en el seno de la familia, es miembro de un grupo cada vez más amplio, el Estado, la sociedad entera. Es un ser social.

De esta naturaleza social del hombre brota el Derecho ya que aquellos fines que el individuo no podría realizar con solo sus fuerzas, los realiza por la convivencia social y por la cooperación de sus semejantes. En el seno de esta convivencia se integran las fuerzas de cada uno con las fuerzas de los demás y en este continuo proceso de integración se actúan los fines.

Pero no toda convivencia es idónea a actuarlos. La convivencia exige un *orden* para que las fuerzas individuales de cada uno puedan integrarse, complementarse, con las de los demás y todas, armónicamente coordinadas, dirigirse a la consecución del bien común.

Y el orden exige que las actividades individuales vengan disciplinadas, subordinadas entre sí, de modo que la de cada uno sea no sólo posible frente a las de los demás sino útil y provechosa en el resultado final. Esta exigencia del orden lleva como consecuencia, que la libertad, sobre la cual naturalmente el derecho reposa (puesto que aquella es supuesto indispensable de éste) debe resultar en el individuo más o menos limitada, en la medida que sea necesario para que puedan coexistir las libertades de todos, ya que es precisamente la coexistencia de las libertades particulares lo que hace posible aquel proceso de recíproca integración del cual depende la «actualidad» de los fines sociales. Ahora bien, la convivencia social regida por el orden, capaz de actuar tales fines no es una informe agrupación de hombres sino el agregado orgánico, sólidamente constituido, que dá al grupo social el carácter de unidad política y que halla su más alta expresión en la organización estatal.

De qué modo deban desenvolverse las actividades particulares de los asociados dentro de cada grupo político, en qué medida deban restringirse las libertades individuales para hacer posible su coexistencia, es una cuestión de hecho de carácter eminentemente político y contingente sometida a criterios variables, según las condiciones de civilización, de desenvolvimiento social de cada Estado. Lo que aquí precisa tener muy presente es que en toda organización estatal es necesaria una cierta limitación, siendo esta condición para la existencia misma del Derecho. El Derecho, por consiguiente reposa en los conceptos de *orden, coexistencia y libertad*.

Partiendo de los conceptos de orden y de armonía Dante definía el Derecho como *realis et personalis hominis ad hominem proportio quoe servata servat societatem, corrupta corrumpit* (1).

Aquí el Derecho es concebido como una proporción, una armonía, un orden que preside y tutela la vida social. Stahl (2) lo define como «el orden de las relaciones de vida que forman la existencia común de los hombres». Otros parten del concepto de la libertad y del principio de la condicionalidad; así por ejemplo Kant (3), quien lo concibe como el «conjunto de condiciones merced a las cuales la libertad de cada uno es compatible con la libertad de los demás, según un principio universal de libertad», y Krause (4), quien acentuando a la idea de condicionalidad lo define: «La totalidad de las condiciones dependientes de la libertad para la realización del propio destino». De todo lo cual se deduce que el Derecho es un *sistema de límites*.

Pero esta limitación de la esfera de libertad del individuo que es el medio único para que cada uno, ejercitando la propia actividad dentro de los límites que se le han asignado, puede conseguir el propio perfeccionamiento y contribuir al de los demás no

(1) De *Monarchia*, I, 5.

(2) *Die Philosophie des Rechts* II 1, pág. 191 y siguiente.

(3) *Metaphysische anfangsgründe en Kants Samtliche Werke*, Leipzig, 1838, IX, pág. 33 y siguiente.

(4) *System der Rechtsphilosophie*, pág. 50 y siguientes. Sobre el sentido filosófico de estas y otras definiciones, ver Filomusi, Enc., pág. 14 y siguientes.

puede concebirse en sus caracteres esenciales de obligatoriedad y universalidad sino en cuanto dimana de una autoridad soberana a la cual estén sometidos y presten obediencia los particulares.

Así surge la idea de la ley, de una norma obligatoria y universal que se impone a todos los asociados y disciplina su conducta en las relaciones externas, que surge de la voluntad general de los asociados, representada en los órganos del poder soberano, y cuya observancia viene tutelada y garantizada por el Estado. El concepto de la coacción o sea de la posibilidad de constreñir a los particulares a la observancia de la norma dictada por el poder soberano, resulta inseparable del concepto del Derecho.

De modo que al lado de las ideas de orden y de coexistencia hay que colocar las de tutela y garantía que se revelan como funciones específicas del derecho. Y el Derecho, bajo este aspecto ulterior puede definirse con Yhering (1) «la garantía de las condiciones de vida de la sociedad en la forma de coacción».

§ 3.—*Derecho objetivo y Derecho subjetivo*

Filomusi, Enc §§ 1, 5-6; Vanni Lez. págs. 27, 109; Brugi, Int. § 14; Chironi y Abello Tratt. I, pág. 103; Coviello, Man., I, pág. 3; Regelsberger, Pand. I, pág. 60.

Hasta aquí hemos hablado del Derecho como norma impuesta a la conducta de los hombres por un poder soberano, cuya observancia es por éste garantizada y tutelada.

Pero la palabra «Derecho» tiene dos distintas significaciones.

Por la primera expresa la regla dictada a la conducta humana, la norma de conducta a la que el particular debe someterse y a cuya observancia puede ser forzado mediante un poder coercitivo, externo o físico (*ius est norma agendi*). En este sentido se emplea la palabra Derecho cuando se dice por ejemplo «el Derecho prohíbe apropiarse las cosas ajenas» «el Derecho impone al

(1) *Der Zweck im Recht* I, pág. 434.

cónyuge el deber de asistencia» «el Derecho me concede el poder de reclamar la cosa de quien injustamente la detente», etc.

En una segunda acepción designa una facultad reconocida a la persona por la ley, que le permite efectuar determinados actos (*ius est facultas agendi*). Y así se habla del «derecho del propietario a disponer de sus cosas», «del derecho de testar», del «derecho del acreedor respectivamente a su deudor», etc.

La primera acepción se designa en el lenguaje técnico *Derecho objetivo*, la segunda *Derecho subjetivo*.

Aplazando para más adelante el estudio preciso de ambas nociones, estudiemos ahora la relación en que se encuentran el Derecho objetivo y el subjetivo.

Ya se conciba el Derecho subjetivo como un señorío de la voluntad, como un poder de querer o como un interés humano jurídicamente protegido (tales conceptos se explicarán más adelante cuando se hable concretamente del derecho subjetivo), la relación en que se halla con respecto al derecho objetivo no es una relación antagónica de modo que uno se contraponga al otro, ni tampoco una relación cronológica de modo que uno preceda al otro.

El Derecho objetivo y el subjetivo nacen juntos de la acción del hombre; aquel como voluntad general, como acuerdo de las voluntades particulares; éste como voluntad particular que se concreta y actúa como parte de la voluntad general. Son, pues, aspectos de un concepto único y no figuras o formas diversas.

Por tanto, si el fenómeno se considera bajo un aspecto, en relación a la voluntad general, nos aparece como norma que regula la actividad del individuo y limitando su natural libertad coordina sus acciones con las de los demás y obtiene de este modo que su interés sea compatible con el interés de todos; si se considera, por el contrario, respectivamente al individuo, nos aparece como una facultad conferida a éste, de obrar en conformidad con la norma protegida y tutelada por el ordenamiento jurídico.

§ 4.—*El Derecho y la moral*

Filomusi, Enc. § 10; Vanni, Lez, pág. 94; Lasson Rechtsphil, § 1, 13; Merckel, Enc., § 68; Boistel, Phil du dr. I, pág. 21, 47; Coviello Man, I, § 2; Regelsberger Pand 1, § 10.

Se ha dicho anteriormente que no todas las acciones humanas son disciplinadas por el Derecho y que existen otras normas que no son jurídicas sino morales, religiosas, ceremoniales, etcétera, y que concurren con aquellas a regular la acción individual y social. Dejando a un lado las religiosas y las ceremoniales que tienen una importancia más limitada, precisa determinar en qué consiste la norma moral y qué relaciones existen entre ésta y la norma jurídica.

El asunto es de los más delicados porque mientras por una parte ambas normas están netamente separadas por otra tienen una íntima conexión, así que resulta difícil delimitar ambas esferas.

Esto deriva del hecho de que ambas tengan una base ética común; de lo que resulta que los dos campos si bien no se confunden, tienen zonas comunes. Así cuando el jurisconsulto (1) para designar el contenido de la norma jurídica afirma: *iuris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; la indicación del triple precepto no es la delimitación del campo jurídico, porque es indudable que el vivir honestamente, el no ofender a los demás, el dar a cada uno lo suyo son al mismo tiempo que normas jurídicas, normas fundamentales de la moral. El campo de la norma moral es más extenso que el de la jurídica y esto precisamente es lo que quiere expresar otro pasaje de las fuentes romanas (2) *non omne quod licet honestum est*. Pero tampoco este pasaje designa el límite de ambos campos, no traza la línea donde acaba la norma jurídica y empieza la moral.

(1) Ulpiano I, 10, § 1, D. I. I.

(2) Paulo I, 144, D. 50, 17.

Conviene no olvidar que toda acción humana se halla integrada por dos momentos: uno interno, psíquico, volitivo, el otro externo, físico; uno que es dado por la intención en que el acto se determina, el otro que es dado por el acto exterior. Ahora bien, mientras la norma moral se dirige al primero y lo gobierna, la norma jurídica se dirige al segundo.

Para la norma moral lo que verdaderamente tiene importancia no es el acto exterior considerado en sí, sino la intención del que obra; ella no valúa aquél, sino ésta, de modo que aun cuando el acto produzca efectos útiles, pierde todo su valor frente a la ley moral si no es determinado por la intención buena del agente.

Para la norma jurídica, por el contrario, lo que interesa es el acto en sí, en sus efectos externos, puesto que no se refiere al querer íntimo de los hombres, sino solamente a su actividad en sus relaciones con el mundo exterior.

Sin embargo, no debe creerse que el Derecho prescinda siempre y completamente de la consideración del elemento interno, ni que la moral prescinda del mismo modo del externo. El Derecho contempla también el momento interno cuando indaga si la voluntad del agente ha sido viciada por error o dolo, si el acto se ha realizado por una determinación de la voluntad o si el efecto concreto no ha sobrepasado la intención del agente.

A su vez, la moral se fija en el momento externo cuando indaga si a la intención ha correspondido y cómo la ejecución. Puede decirse, pues, que la moral toma en consideración prevalente el momento interno y el derecho el momento externo.

De aquí la diversa naturaleza de ambas normas por el distinto aspecto que consideran en el acto humano, y de aquí también la diversa sanción que acompaña a una y otra.

La norma jurídica, en cuanto se dirige a la acción externa y regula la actividad humana confinando la libertad del individuo en los límites que no es dado trasponer, necesita ir acompañada de una sanción física.

Esta sanción, que consiste en la posibilidad de coerción por la que el recalcitrante viene obligado por la fuerza a la observancia de las normas, es la coacción o, mejor, la *posibilidad de*

la coacción, como se dirá más adelante. La norma moral, dirigiéndose a la intención, es, naturalmente, incapaz de una coerción externa, que es incompatible con su concepto, porque valuando como valúa la moral, la bondad intrínseca del acto, fijándose en la espontaneidad del mismo, una coerción destruiría siempre este requisito esencial de la espontaneidad.

El criterio distintivo, por consiguiente, es la coercibilidad de la norma jurídica y la incoercibilidad de la moral, ya que esta última no tiene más sanción que la reprobación de la conciencia (remordimiento) o de la opinión pública.

Pero hay que hacer constar que de ser tan distintas las dos normas no deriva que sean totalmente opuestas y antitéticas. Existen múltiples relaciones entre ambas y nexos muy íntimos que son causados no sólo por el común origen (1)—la conciencia social—sino también por la constante evolución, en virtud de la cual las reglas éticas tienden a transformarse en jurídicas.

Si se prescinde de una serie de normas jurídicas que no interesan a la moral porque no afectan a la ética social y se refieren a un campo del exclusivo dominio del Derecho, como son, por ejemplo, las que regulan la forma de los actos, plazos, procedimientos, etc., por regla general lo que el derecho prescribe lo prescribe también la moral, ya que es inconcebible que el primero contenga mandatos o prohibiciones que repugnen al sentimiento ético. De donde resulta que es vastísimo el campo de las acciones humanas en que comparten su imperio ambas normas (no matar, no robar, respetar a los padres, etc.) Cuando por excepción ocurra que un precepto jurídico sea contrario a la moral (y esto puede verificarse en una ley que resulte anticuada y se halle en contradicción con el sentimiento moral correspondiente a un momento histórico más avanzado), ese precepto está condenado a desaparecer bajo la presión de la moralidad más elevada. Así desaparecieron muchas instituciones antiguas (esclavitud, venta del deudor insolvente, etc.), y así desaparecerán también muchos preceptos del Derecho positivo actual cuando aparezcan en pugna con una cultura más desarrollada.

(1) Sobre este punto ver Falchi, *Sulla differenziazione del Diritto dalla morale*, Perugia, 1904.

La recíproca, es decir, que lo que la moral prescribe lo prescribe también el Derecho, no es cierta, porque, como se ha dicho ya, aquélla es más comprensiva, más vasta que éste. El nexo resulta por la tendencia que tienen los preceptos morales a convertirse en jurídicos, tendencia que se actúa concretamente cuando la necesidad humana a que atiende el precepto moral se impone a la conciencia común como signo de una tutela más eficaz que la de la reprobación. Así, muchos deberes que antes eran solamente morales, se han transformado en jurídicos; por ejemplo, en Derecho romano el fideicomiso es primeramente un deber confiado a la conciencia y a la *fides* del heredero; luego se convierte en relación jurídica; en Derecho moderno la obligación del empresario de prestar asistencia al obrero accidentado, a sus empleados, se ha transformado en jurídica con la implantación del seguro obligatorio (31 Enero 1904) y del seguro contra la inutilidad y la vejez (Decreto-ley 21 Abril 1919) (1). Y muchos que son actualmente deberes morales podían más tarde ser atraídos a la esfera del Derecho (obligación de socorrer a los pobres, etc.).

Por lo demás, el Derecho, en cuanto está en gran parte fundado sobre los principios de la moral, no sólo cuenta con ésta para la observancia de los propios preceptos (la coacción es recurso extremo, no único, para obtener su cumplimiento), sino que se refiere a menudo a tales principios, elevándolos en todo o en parte a momentos fundamentales de la norma jurídica. Son substancialmente morales los preceptos de buenas costumbres que imponen el pudor, la honestidad del comportamiento, etc; pero el Derecho los adopta como preceptos suyos, ya sea castigando

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En España la ley de 27 de Febrero de 1908 instituyó el régimen oficial de Retiros obreros y el decreto-ley de 11 de Marzo de 1919 fijó las bases con arreglo a las cuales debía establecerse el seguro obligatorio de vejez. En 21 de Enero de 1921 se aprobó por Real decreto del Ministerio del Trabajo el Reglamento para la aplicación del régimen obligatorio del Retiro obrero, propuesto por el Instituto Nacional de Previsión.

En materia de accidentes del trabajo se promulgó la ley de 30 de Enero de 1900 y su Reglamento de 28 de Julio de 1900, que fué modificada por la de 10 de Enero de 1922 y su Reglamento de 29 de Diciembre del mismo año. En la actualidad rige el articulado del libro III del Código del Trabajo aprobado por Real decreto de 23 de Agosto de 1926.

penalmente los actos contrarios (Código penal, art. 331 y siguientes) (1) o ya civilmente, declarando, por ejemplo, ilícita la causa de una obligación atentatoria a las buenas costumbres y, por consiguiente, nula la obligación (Código civil, art. 1.119) (2).

Una relación eminentemente moral es la de la gratitud y, sin embargo, el Derecho la tiene en cuenta cuando autoriza al donante a revocar una donación por causa de ingratitud en el donatario (Código civil, artículos 1.078, 1.081) (3); la amistad es una relación perteneciente al mundo ético, pero el Derecho recurre a ella cuando exige, como, por ejemplo, en la tutela, amistad o inexistencia de enemistad (Código civil, artículos 253, 254, 261) (4) o en la abstención y recusación de jueces y peritos (Código de Procedimiento civil, artículos 116, 119, 254) (5).

§ 5.—*El Derecho natural y el Derecho positivo*

Filomusi, Enc. § 15; Vanni Lez. págs. 254-267; Brugi, Intr. §§ 3-6; Holtzendorff. Enc. I, págs. 3, 293; Coviello Man, I § 3; Regelsberger, Pand, I, § 12.

El Derecho, como norma de las acciones humanas, se concreta y actúa en una serie de preceptos que derivan su autoridad de la voluntad de la comunidad, esto es, del Estado; su obligatoriedad deriva de la sanción directa o indirecta que el Estado asocia a sus preceptos. Estas reglas jurídicas contenidas en los artículos de la ley o en la práctica y constante observancia de una determinada línea de conducta, constituyen en cada pueblo un sistema propio del que se diferencian más o menos profundamente los sistemas de los demás pueblos, según sea mayor o menor la afinidad de su cultura. No sólo varía el sistema de uno a otro país, sino que en un mismo pueblo el sistema suele variar, según los tiempos; producto directo de la vida social sufre

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerdan con los artículos 448 y siguientes del Código penal español.

(2) Id.—Véase el art. 1.275 del Código civil español.

(3) Id.—Corresponde al art. 648 del Código civil español.

(4) Id.—Véase el art. 294 del Código civil español.

(5) Id.—Artículo 189 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil

las variaciones de ésta y su influjo a medida que las necesidades que protege aumentan o cambian; así que donde la vida social es pobre, el Derecho tiene un carácter primitivo y se agota su contenido en escasas reglas frecuentemente rígidas y formularias; donde aquélla es rica y ha evolucionado el Derecho es complejo y menos rígido y formal.

Este conjunto de reglas que realiza, en toda comunidad jurídicamente organizada y en los distintos momentos históricos por que ésta atraviesa, la idea del Derecho, según la representación que cada uno se forma de lo justo, es lo que se llama *Derecho positivo*. Este es de carácter esencialmente nacional e histórico, responde a las condiciones peculiares del pueblo que se lo forja y del momento histórico en que se forja. *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit*—dice un pasaje de las fuentes romanas—*id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium civitatis* (1). Así se habla del «Derecho italiano», del «Derecho musulmán» por las notas características nacionales del uno y del otro, de un «Derecho medioeval» o de un «Derecho moderno» en relación al tiempo en que se actuó cada uno.

Mas si la representación que cada uno se forma de lo justo es variable y contingente, la idea suprema del Derecho es universal y—desde el punto de vista teórico y abstracto—absoluta e inmutable. Con la concepción filosófica del valor inmutable y absoluto del Derecho se enlaza la idea de un Derecho que se contrapone al positivo y que, en cuanto reposa en la naturaleza de las cosas, se llama *Derecho natural*, y en cuanto responde a las exigencias de la razón se denomina también *Derecho racional* (2).

Reconocido ya por la sabiduría de los jurisconsultos romanos, la cual lo había tomado de la filosofía griega, ha devenido después el fundamento de toda una escuela (la escuela del Derecho natural que imperó en el siglo XVIII) y que ofrece muchas variedades.

(1) Gayo I. 7 D. 1. 1.

(2) Sobre la distinción más precisa entre *Derecho natural* y *racional*, ver Vanni Lezioni, págs. 260 y siguientes.

La misma jurisprudencia romana nos ofrece un ejemplo típico de la perplejidad e incerteza para definirlo cuando acepta ya la división tripartita del derecho *jus civile*, *ius naturale* y *jus gentium* o la bipartita en *ius civile* y *ius gentium* (1). De lo que resulta que mientras en la doctrina de la tripartición el *ius naturale*, contraponiéndose de un lado al *ius civile*, es decir, al Derecho propio y peculiar de la «civitas», y por otro al *jus gentium*, es decir, al Derecho positivo común a todos los pueblos, designa el derecho ideal que es conforme a las exigencias de la naturaleza humana, en la doctrina de la bipartición no se distingue del *jus gentium*, se identifica con éste y se entiende como el Derecho que la *naturalis ratio inter omnes hominis constituit* (2).

Prescindiendo de esta y otras doctrinas particulares, por regla general suele entenderse por Derecho natural el conjunto de reglas jurídicas dictadas por la razón humana que reposan en la naturaleza del hombre y que surgiendo de la conciencia colectiva de los pueblos se imponen a la universalidad. Son reglas que reveladas por la razón preceden al Derecho positivo, que basadas en la naturaleza humana tienen carácter universal y no particular, como los derechos constituídos, que representando la justicia perfecta constituyen el ideal de lo justo y son el modelo en que debe inspirarse toda legislación positiva.

Sus principios se imponen a todo legislador porque son de todo tiempo y de todos los pueblos; el principio, por ejemplo, de la personalidad humana, de la libertad, de la solidaridad social, etc. Acentuando una u otra de estas notas llega a ser con-

(1) Partidario de la tripartición fué Ulpiano (I. I § 2, 3, 4. D. I. I; 16); con él lo fueron Hermogeniano (I. 5. D. I, 1.) y Triboniano (I, 64. D. 12, 6; I, 31. D. 16. 3.); partidario de la teoría bipartita fué Gayo (I, II; I. I. D. 41. I., etc.) y otros. Las instituciones Justinianeas hablan de ambas doctrinas por haber sido compuestas con pasajes de Ulpiano, Hermogeniano y Gayo. Perozzi. *Ist di dirit rom.* I, pág. 65, ha negado que la doctrina de la tripartición fuese conocida de los clásicos y afirmado que tal teoría es una construcción bizantina, pero esto es muy discutido; ver Longo en Girard *Manuel elementaire die Droit rom*, pág. 13, núm. I sobre el *ius naturale* en Derecho romano; ver la obra del Voigt, *Die Lehre vom jus naturale equum et bonum und vom jus gentium der Römer*, Leipzig, 1846-75.

(2) § I 1. 2; Gayo I. I.

cebido por las escuelas filosóficas del siglo XVIII como un Derecho necesario, fijo, inmutable y eterno.

Esta última concepción, de la cual hay algún recuerdo en las fuentes romanas—ya Paulo definía el *ius naturale: id quod semper bonum et equum est* (1) y Justiniano declaraba que los *naturalia iura, quae apud omnis gentes peroeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent* (2)—condujo a graves exageraciones que provocaron la fuerte reacción de la escuela histórica. Y con razón; puesto que si el derecho es un producto histórico, no puede hablarse de normas universales y eternas iguales para todos los agregados humanos y para todos los tiempos. Los filósofos que forjaron el derecho natural hicieron más bien, y sin darse cuenta de ello, como se ha observado actualmente (3), un Derecho sobrenatural fuera y por encima del hombre al que querían conformarlo.

Más templada es la concepción reciente de quienes configuran el Derecho como un conjunto de normas mutables y contingentes, según el tiempo y el lugar, normas que representan los supremos principios del Derecho y en los que el legislador debiera siempre inspirarse al dictar sus preceptos. Estos supremos principios, no perpetuos ni universales, sino movibles, variables, dotados de un movimiento bastante más lento que el del derecho positivo, constituyen la justicia ideal a la que debe mirar en un determinado momento el legislador de un determinado pueblo y de los cuales no es dable separarse sin elaborar leyes injustas. La determinación de esta justicia ideal no debe abandonarse al convencimiento íntimo y personal de los particulares; de lo contrario, habría infinitos ideales, variables según el sentimiento particular de quien, juzgando de la bondad intrínseca del Derecho positivo constituido, se forja a su capricho uno diverso del de los demás. Tal justicia reside en la convicción de la

(1) L. 11. D. I. I.

(2) § 11. Inst. 1. 2.

(3) Scialoja *L'arbitrio del legislatore nella formazione del Diritto positivo* (Scientia. Vol. VII a IV, 1910, pág. 132).

universalidad, en lo que ella siente que es justo y que responde a sus necesidades y a sus fines.

Pero según esta segunda concepción, el Derecho natural o racional no constituye en definitiva verdadero y propio Derecho. Cuando el sentimiento general de lo justo y de lo equitativo se ha traducido en preceptos positivos tenemos normas jurídicas, pero sólo en cuanto son dictadas por el poder soberano que ha reconocido la conciencia social; cuando no se ha traducido aun en aquellos no se podrá hablar de reglas de Derecho sino de reglas o principios morales o sociales que aspiran a convertirse en Derecho.

El Derecho natural es, pues, un concepto especulativo que, sin embargo, ha ejercido y ejerce grande influjo no sólo en la ciencia del Derecho sino también las legislaciones (1).

§ 6.—*La equidad*

Filomusi, Enc. § 28; Holtzendorff, Enc. I, pág. 299; Merkel, Enc. § 24; Warnkönig Enc. § 39; Pacifici, Ist. I, pág. 2; Chironi, Ist. pág. 13; Bruji, Ist. págs. 31-33; Co-viello, Man. I, § 4; Regelsberger, Pand, I, § 11.

Un concepto que según algunos se aproxima mucho al del Derecho natural o entra en éste, y según otros se aproxima o entra en el de la moral, es la equidad cuya importancia es tan grande en el campo jurídico que da lugar a una cualificación del Derecho, *Derecho equitativo* contrapuesto a *Derecho estricto*. Pero la equidad no se confunde con los principios de la moral ni con los del Derecho natural si bien frecuentemente en las fuentes roma-

(1) Entre los Códigos modernos hay alguno que hace referencia al Derecho natural; así el austriaco § 7 ordena al juez que acuda al Derecho natural cuando para la resolución de un caso a él sometido, no haya en la legislación una norma que expresamente lo contemple. Sobre el concepto del Derecho natural en relación con el positivo, puede consultarse Filomusi, *Del concetto del scritto del naturale e del scritto positivo*, Nápoles 1874; Cathrein, *Recht Naturrecht und positives*, Recht, 1901. Falchi, *Intorno al concetto scientifico di Diritto naturale ed'equita*, Bologna, 1903.

nas se hable de una *aequitas naturalis* (I, I. D, 37 5: *hic titulus aequitatem quandam habet naturalem*; I. 66 D. 50, 17: *exceptionem justam nec ab aequitate naturali abhorrentem*) y se aluda a los principios del Derecho natural y hasta la equidad misma se identifique con ellos (I. 11 D. I. I: *id quod semper aequum et bonum est, ius dicitur: ut est ius naturale*) (1).

El concepto de la equidad, que para los romanos significa algo diverso de lo que para el Derecho moderno significa (2), se basa en la idea fundamental de la igualdad de trato (igual en causa igual), de la verdadera justicia en el caso dado. Según la definición que da Windscheid (3) «es equitativo el Derecho adaptado a las relaciones de hecho; es decir, aquel en el que todo momento de la relación de hecho que merece ser tenido en cuenta lo es efectivamente y no es tenido en cuenta el que no lo merece, y cada uno de estos es considerado según su índole».

El Derecho positivo en efecto no puede proceder sino por preceptos y disposiciones de carácter general porque no puede contemplar concretamente cada caso particular y las circunstan-

(1) También el Código civil italiano ordena al juez que acuda a la equidad en ciertos casos; habla de una equidad natural como por ejemplo en el art. 463 a propósito del derecho de accesión cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes a distintos propietarios y algunos lo entienden como una llamada al Derecho natural (ver *Pacifici. Ist I*, página 5, núm. 3) pero esto es falso (ver Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand I*, pág. 136).

(2) Los romanos hablan de una *aequitas naturalis* y de una *aequitas civilis*, designando con la primera denominación la justicia ideal que determina las modificaciones, las inovaciones y la suavización del Derecho existente y por lo que precisamente aspira a convertirse en Derecho; con la segunda, aquella parte de la misma que se ha convertido ya en Derecho vigente. Refiriéndose luego al órgano más importante de la constitución romana que actúa la equidad, hablan de la *aequitas praetoria*. El concepto moderno de la equidad corresponde más bien a aquél que los romanos designan con los nombres de «humanitas», «benignitas». Sobre la terminología y doctrinas romanas véase Scialoja, *Del Diritto positivo e dell'equita*, Camerino 1880; Fadda, *L'equita e il metodo nel concetto dei giureconsulti romani*, Macerata 1881; Bonfante, *Ist. di Dir. rom.*, pág. 8; Perozzi, *Ist. di Dir. rom.*, I, pág. 81 y siguientes.

(3) *Pand I*, pág. 82.

cias especiales de cada relación de hecho, regula lo que sucede por regla general y en vía normal (*id quod plerumque accidit*) y sobre la base de la media de los casos que más frecuentemente se presentan; formula por abstracción, y como realizando una operación estadística, la norma fija y universal a la que deberán someterse todos los casos que en el futuro se produzcan. Pero como la norma por necesidad lógica es universal y fija y no puede prever todas las circunstancias particulares que se dan en cada caso concreto, no es raro que el caso concreto presente peculiaridades diversas de las previstas o a más de las previstas, otras que no lo fueron; de donde resulta que si el Juez aplicase rígidamente la fórmula del precepto, tal aplicación resultaría una injusticia y el resultado repugnaría al sentimiento por la desigualdad que implicaría. Entonces es cuando interviene el criterio de la equidad que fuerza al Juez a tomar en consideración las diversas circunstancias y a adaptarse a ellas en la aplicación del precepto de modo que resulte salvo el principio de la igualdad en el que la norma misma se inspira.

La equidad tiende, pues, a suprimir toda posible disonancia entre la norma jurídica y su actuación o aplicación, merced a la amplia potestad de apreciación que al Juez es conferida.

Esto no debe inducir a la falsa creencia de que el principio de equidad autorice al Juez a no aplicar o a modificar las normas positivas de Derecho. Llamado a aplicar las leyes y no a juzgar de su intrínseca bondad cometería una arbitrariedad si bajo el pretexto de adaptar la norma al caso concreto y realizar la equidad, no aplicare el precepto o crease uno distinto. Por ello no se puede recurrir a la equidad sino cuando el legislador lo autorice expresamente.

Nuestro Código lo autoriza en algunas ocasiones (ver además del citado art. 463 los 578, 1.124, 1.652, 1.718) (1) y lo mis-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La palabra equidad no es utilizada en nuestro Código con tanta frecuencia como en el italiano; prácticamente resulta, sin embargo, invocada en diferentes ocasiones; tal ocurre en el art. 1.258 que sustancialmente equivale al 1.124 del italiano. En el 1.061 y en otros varios pueden asimismo encontrarse aplicaciones concretas de normas equitativas. En los artículos 1.154 y 1.690, expresamente se invoca la equidad.

mo algunas leyes especiales (ley de Obras públicas de 20 de Marzo de 1865, art. 162; varios de los Reales decretos emanados con ocasión del terremoto siciliano-calabrés de 28 de Diciembre de 1908, el Real decreto de 13 de Enero de 1909 para la readquisición, conservación y posesión de los bienes en los municipios damnificados, artículos 6 y 8; Real decreto de 5 de Febrero de 1909 para la reorganización de la justicia ordinaria en las provincias de Messina y Reggio, artículos 5, 6 y 11).

Cuando esta facultad sea excluida podrá llegarse a un resultado deplorable (*Summum ius summa iniuria*) pero esto es siempre preferible a dejar al libre arbitrio del Juez la determinación de los casos en que pueda, templando, suavizando las asperezas de la norma, modificarla o no aplicarla.

Con lo cual queda bastante aclarado cuál sea la relación que mantengan en el Derecho moderno el derecho y la equidad. Si frente a la concepción romana la equidad podía presentarse como antitética del Derecho y de aquí el constante esfuerzo del pretor para conducir el Derecho en alas de la equidad, en nuestro Derecho tal antítesis ha desaparecido porque la equidad en cuanto en ocasiones es autorizada por el propio legislador, es elemento del Derecho positivo y criterio de interpretación en determinadas materias en lugar de ser un principio extraño y en pugna con él (1).

(1) Sobre la materia ver *Uber Recht und Billigkeit*, 1887; Viazzi, *L'equita nella filosofia, nella storia e nella pratica del Diritto*, Milano 1902. Falchi, *In torno al concetto scientifico di Diritto naturale e di equita* Bologna, 1903. Miceli, *Sul principio di equita* (*St. ner Scialoja*, II, páginas 83 y siguientes).

CAPITULO II

El Derecho objetivo en particular

§ 7.—*Definiciones y caracteres del Derecho objetivo*

Filomusi, Enc. §§ 6, 7, 11, 12. 16; Vanni, Lec. pág. 62; Holtzendorff, Enc. I. pág. 298; Merkel, Enc. § 102 y siguientes; Chironi y Abello, Tratt. pág. 3; Coviello, Man. I, § 5; Crome, Par. gen., pág. 28 y § 20; Windscheid, Pand. I, §§ 27, 30; Regelsberger, Pand. I, § 17, 27.

El Derecho objetivo puede definirse como el conjunto de reglas impuestas a los particulares en sus relaciones externas, con carácter de universalidad, emanadas de los órganos competentes según la constitución y obligatorias mediante la coacción. Considerando más de cerca su naturaleza y caracteres conviene estudiar separadamente los distintos elementos que lo componen.

a) *Fuente*.—Toda norma jurídica cualquiera que sea su fuente especial dimana del Estado. Porque es fin del Estado disciplinar las fuerzas individuales y coordinales para la consecución de los fines a que tiene de la sociedad; así, solo al Estado corresponde determinar el Derecho, fijar las normas jurídicas a las cuales los sometidos a ellas deberán ajustar su conducta.

En tal sentido se puede afirmar que todo el Derecho positivo es estatal y exclusivamente estatal porque ningún otro poder fuera del constitucionalmente soberano puede dictar normas obligatorias y dotarlas de coacción.

No es, pues, Derecho objetivo el Derecho racional o natural de que se ha tratado ni el que la ciencia elabora y prepara (Derecho científico) (1) cuando no coinciden con el Derecho vigente

(1) Ver Filomusi, Enc. § 26, Savigny, Sistema I, págs. 67 y siguientes.

ni tampoco aquel que se halle en vías de formación en la conciencia popular que no haya sido reconocido aún por el Estado.

Esta teoría de la «estatalidad» del Derecho es reciente y se opone a otras doctrinas más antiguas, correspondientes a estadios ya pasados de la evolución jurídica según las cuales la creación de la norma no era obra exclusiva del Estado concebido como poder soberano, sino también y en gran parte del pueblo con sus usos y costumbres, como fuente inmediata del Derecho objetivo. En otros tiempos los usos y costumbres del pueblo tuvieron un valor grandísimo como fuente del Derecho autónomo e independiente de la fuente estatal; históricamente debe considerarse esta fuente como exclusiva o preponderante en los orígenes. Pero con la nueva estructuración de los Estados modernos, de la división absoluta de poderes (por virtud de la cual sólo el poder legislativo tiene la facultad de dictar normas universales y obligatorias) sobre todo con la codificación que iniciada en el siglo XVIII se difunde en el siglo siguiente y domina hoy en casi todos los Estados, la costumbre no sólo ha perdido gran parte de su antigua importancia, sino que ha asumido también un carácter nuevo y se ha convertido, sobre todo en ciertas ramas del Derecho, en fuente indirecta y mediata de normas en cuanto que las normas no las crea ella directamente sino el Estado. La norma consuetudinaria es norma sólo en cuanto el Estado le reconoce eficacia y le concede, con expresa disposición, el valor de regla universal y obligatoria. Esto se aclarará al tratar de las fuentes del Derecho.

El Estado dicta las normas mediante los órganos que tienen esta misión constitucionalmente reconocida.

Determinar cuáles sean estos en cada organización estatal, es una cuestión de hecho que se resuelve en cada caso según la organización constitucional del Estado.

En el Derecho romano eran órganos de la producción del Derecho, el Rey y el pueblo en sus comicios en la primera época, la plebe en los concilios, los Magistrados (en el sentido romano de la palabra) principalmente el Pretor, el Senado y finalmente el Emperador, en los primeros tiempos en concurrencia con aquellos y en época posterior de modo exclusivo. Hoy en todos los

Estados organizados según el principio de la división neta de poderes, de la separación absoluta del poder legislativo, del judicial y del ejecutivo y que aceptan el principio de la representación nacional, la potestad de hacer las leyes reside en el legislativo por regla general constituido en las monarquías constitucionales por las asambleas representativas y por el Soberano.

Como sea posible, además de la existencia de las normas jurídicas así formadas, la de otras emanadas del poder ejecutivo, cuales sean los medios de comprobación de la existencia de las normas y en qué límites sea dable al Juez juzgar de la constitucionalidad de las leyes, se explicará al tratar de la doctrina de las fuentes y de los principios que presiden a la aplicación e interpretación de las leyes.

Aquí basta sólo tener presente que si la norma dimana de un órgano incompetente, no es obligatoria y no constituye derecho.

b) *Forma y contenido.*—La forma en que se manifiesta la norma jurídica es siempre y necesariamente la de un mandato, de una orden que impone a los subordinados una determinada conducta. Quien no la observa, la viola, y como tal violación sólo puede concebirse hecha por los que le están sometidos, cuando se comete se castiga con las sanciones que la ley acompaña a la inobservancia, cuando los medios preventivos no sean aptos a evitarla.

Este mandato, lógicamente no puede asumir sino la forma de un mandato positivo o negativo: en la primera, el precepto declara lo que se debe hacer y que, de no existir la norma, podría no hacerse (imperativo); en la segunda, lo que no se debe hacer y que, si la norma no existiera, podría hacerse (prohibición) (1). Verdad es que desde un cierto punto de vista todo

(1) Esta terminología halla su modelo en las fuentes romanas, de las cuales deriva. Ver Modestino en I., T. D. 1. 3, *Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire*, y Crisipo, citado por Marciano, *Lex omnium regim est divinarum et humanarum rerum: Oportet autem... regulam esse iusti atque iniusti quae fieri oporteat iubens quae vero non oporteat prohibens*. Otros adoptan terminologías diversas, oponiendo el mandato imperativo positivo al imperativo negativo. No hay razones de preferencia

precepto, cualquiera que sea su forma, puede reducirse a un imperativo, porque también la norma que prohíbe puede ser concebida positivamente como orden de observar el precepto prohibitivo y, recíprocamente, toda norma puede reducirse a una forma negativa, en cuanto que el precepto de hacer puede configurarse como prohibición de no hacer o de hacer algo diverso de lo que el precepto prescribe. Lo que en tal distinción debe tomarse en consideración es su contenido substancial en las relaciones de la esfera de libertad asignada a cada uno, porque concebida idealmente la libertad individual sin limitaciones, esto es, como la posibilidad de que cada uno se comporte del modo que más le plazca, el Derecho interviene con sus preceptos en su regulación imponiendo al individuo determinados actos y prohibiendo otros. De modo que teniendo en cuenta que todo el ordenamiento jurídico, o sea el conjunto íntegro de las normas, da lugar a un mandato general que es positivo en cuanto impone la observancia de los preceptos, y negativo al mismo tiempo en cuanto prohíbe obrar contra sus disposiciones; los preceptos al dirigirse a la actividad de los sometidos, son siempre o mandato o prohibición de hacer algo (normas imperativas, normas prohibitivas).

En otros términos, el Derecho no se circunscribe a una mera limitación negativa de la esfera de libertad al prohibir actos que o podrían constituir lesiones de la esfera de libertad ajena o que son considerados como contrarios a las finalidades de todo el agregado social, sino que exige además una directa e inmediata subordinación de la actividad de los particulares, imponiendo a los mismos determinados actos y prestaciones.

Pertencen a la última especie, por ejemplo, las disposiciones que imponen a los ciudadanos el pago de las contribuciones, a los cónyuges el deber de asistencia, a los parientes dentro de ciertos grados y bajo determinadas condiciones el de la presta-

por una u otra con tal que resulte siempre clara la contraposición entre las obligaciones de hacer y de no hacer y no se confunda el valor del término negativo, tomado aquí en el sentido de prohibición, con otra significación totalmente diversa y que designa otra categoría de normas negativas. Ver más adelante.

ción de alimentos, al propietario de la fuente el de proceder a su limpieza, etc.

Pertencen a la categoría de las prohibiciones las leyes que se oponen por y a la venta de objetos artísticos o antiguos sin previo aviso al Estado, las que prohíben el comercio de géneros que constituyen monopolio del Estado, las que prohíben la disolución del matrimonio por divorcio o el matrimonio entre parientes dentro de un cierto grado, las que reprimen y castigan los delitos, como son todas las leyes penales (1).

No es, sin embargo, la forma exterior del precepto la que determina su carácter imperativo o prohibitivo, pudiendo muy bien darse el caso de preceptos imperativos materialmente expresados con fórmula negativa y viceversa, prohibiciones expresadas positivamente. Lo decisivo es la substancia, el contenido real de la norma, y esto no se puede averiguar si no es poniendo el precepto en relación con la esfera de libertad del individuo.

Es cuestión muy discutida la de si además de estas dos categorías fundamentales de normas existe o puede existir una tercera constituida por aquellas que, en cuanto que ni ordenan ni prohíben, sino que tan sólo permiten, son llamadas permisibles (normas permisivas) (2).

En efecto; no parece que entre el mandato de hacer y el de no hacer haya una tercera figura que se reduzca a un permiso de hacer. Fuera de aquello que los preceptos del Derecho positivo imponen o prohíben, está la esfera de la libertad y de la autonomía individual en que es consentido a los particulares el

(1) A este propósito, conviene observar que Modestino, en la I. T. D. 1. 3, afirma que la *legis virtus* consiste, a más de en el *imperare, vetare* y el *permittere*, en el *punire*, y el *punire* no debe entenderse como una categoría distinta del mandato o la prohibición, porque va incluido en el *vetare*. El haberlo añadido obedece a haber fundido el citado jurisconsulto distinciones diversas y heterogéneas, y se refiere más bien a los diversos medios con que la observancia de la norma viene tutelada y no a la forma y contenido de la norma.

(2) A más del citado pasaje de Modestino, ver Quintiliano, Inst 7, 5, 5: *Lex omnis c... aut iubet aut vetat aut permittit*.

obrar y comportarse libremente, precisamente porque no hay restricción en este campo autónomo. Esta esfera de libertad constituye lo *lícito jurídico*; el cual resultando implícitamente, por determinación negativa, del conjunto de los mandatos y prohibiciones, no hay necesidad de que sea particularmente determinado con normas específicas, ni podría serlo, dada la infinita extensión del campo en que la actividad humana puede desenvolverse. Tutelado por el Derecho en cuanto que mientras en su ámbito ningún deber negativo o positivo es impuesto al individuo, incumbe a todos los demás la obligación negativa de abstenerse, de no turbar el goce de la libertad del individuo que constituye su contenido. Lo lícito jurídico viene, por consiguiente, delimitado por el conjunto mismo de las normas particulares, ya que fuera de éstas es dada libertad a cada uno de realizar o no actos que no resulten impuestos o prohibidos.

Así razonan los que niegan la posibilidad racional de la existencia de normas permisivas o que la niegan como categoría autónoma e independiente de las otras dos. A lo cual se añade por otros que las normas que vengan expresadas en forma permisiva entran en las dos categorías fundamentales, debiendo ser consideradas como un imperativo o una prohibición (1). De modo que por lo que respecta al último miembro (*permittere*) añadido a los dos primeros (*imperare* y *vetare*), la distinción profesada por Modestino sería errónea (2).

La argumentación en sí, en abstracto, es exacta. Sin embargo, puesto que normas permisivas existen en todo ordenamiento jurídico, aunque desde el punto de vista abstracto no debieran existir, por resultar el campo de lo lícito jurídico determinado ya por la existencia de las otras dos categorías de normas, conviene indagar si tienen estas normas permisivas una función y

(1) Ver Windscheid, *Pand. I*, pág. 81, núm. 7; *Pacifici Inst.* pág. 48, n. I; Perozzi, *Inst. di Dir. rom. I*, pág. 57, n. L y pág. 58, n. L. Un más amplio estudio puede hallarse en Jhon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, páginas 292 y siguientes y 345 y siguientes; Regelsberger *Pand I*, pág. 114, núm. 9 y en los autores aquí citados.

(2) Ver Savigny *Sistema*, I, pág. 80, núm. 4, y sobre el texto romano: Döring, *De quadruplici Legis virtute*, Diss. Ezford, 1776.

un contenido especial que, al mismo tiempo que las distinga de las otras, constituya la razón de su existencia y autonomía. Ahora bien; consideradas en su contenido estas normas, poseen una función propia que consiste, o en suprimir una prohibición precedente o en abolir una limitación impuesta por una norma anterior, de modo que ésta debe ahora aplicarse sin excepciones, o en resolver una duda provocada por otra norma o, en fin (y este quizá sea el campo de aplicación más amplio de las normas permisivas), en determinar con más precisión y en regular las condiciones objetivas o subjetivas bajo la observancia de las cuales debe realizarse una acción o una omisión (1).

Finalmente, de todas estas categorías surge una cuarta constituida por las normas *meramente negativas*. Son aquellas en que se declara que para un determinado hecho no puede admitirse ni un imperativo ni una prohibición o que, verificándose un hecho, debe cesar el imperativo o la prohibición anejos a otro (2).

Habría, además, una norma general, base de todo ordenamiento jurídico, para establecer que fuera de las limitaciones impuestas por las normas imperativas o prohibitivas ninguna otra limitación se impone al individuo. La función, pues, de esta norma general y complementaria sería la de cerrar el ordenamiento jurídico excluyendo que las normas particulares puedan extenderse a otros casos distintos de los por ellas considerados, con lo que vendría demostrada la imposibilidad de existir lagunas en el ordenamiento jurídico y la integridad lógica del mismo (3). Hay que advertir que esta norma, en la función que

(1) Ver Savigny I; Glück, *Erläuterung der Pandekten* I, § 14 a § 15; Filomusi. *Enc. Giurg.*, pág. 30; Binding, *Die Normen und ihre übertretung*, 2.^a edición, Leipzig, 1890; I, pág. 101 y siguientes; Del Vecchio, *Il concetto del Diritto*, págs. 85 y siguientes.

(2) Ver Windscheid, *Pand* I, pág. 80; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg, 1893, I, pág. 91 y siguientes; Windscheid (loc. cit., números 2 al 3), da como ejemplo de la primera especie de norma negativa la que declara no haber obligación de pagar las deudas del juego, y como ejemplos de la segunda, la obligación extinguida por el pago, las acciones prescritas ya por haber transcurrido los treinta años.

(3) Ver Zitelmann, *Lücken in Recht*, Rektovatsvede, Leipzig, 1903, páginas 19 y siguientes. Anschütz, *Lücken in den Verfassungen und*

se le asigna, no puede tener un contenido negativo, sino que debe tener, y tiene, un contenido positivo en cuanto excluye la aplicación de los preceptos particulares a otros casos en ellas no previstos (1); por tanto, no puede entrar en la categoría aquí tratada.

c) *Caracteres y dirección.*—La norma, sea mandato o prohibición o permisión, es un imperativo dirigido a la universalidad, es un precepto universal que se dirige a todos los sometidos a la soberanía y de todos exige observancia.

Puede repetirse para ella lo que escribía Papiniano de la ley en sentido técnico, L. I. D., I. 3: *Lex est commune praeceptum* (2). Este carácter de universalidad no se pierde aun cuando la norma tienda a regir la conducta de grupos determinados y más restringidos dentro de un agregado más amplio y sea dictada para una determinada clase de personas. Es más: cuando la norma, desviándose de los principios fundamentales e inspirándose en conceptos y utilidades particulares contiene reglas que frente a las generales y comunes pueden considerarse excepcionales (Derecho singular, ver § 9), no por eso deja de ser una norma de eficacia universal y que se aplica a todas aquellas personas y en todas aquellas relaciones que reúnan los requisitos en ella previstos.

La universalidad consiste en esto: en que dándose los requisitos y supuestos exigidos por la norma, ésta se aplica a todas las relaciones que en ella entran, siendo cuestión indiferente el mayor o menor número de personas y de relaciones que por ella son regidos.

De ello se deduce que no son normas todo lo que se acuerda o decide en casos singulares y es principio básico de todo

verwaltungsgesetzen, en el *Verwaltungs - archiv* XIV, 1906, pág. 323.

(1) Tal demostración ha sido dada ampliamente por Donati, *Il problema dell'ordine dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910, págs. 28 y siguientes. Ver más adelante lo que se dice al hablar de las lagunas.

(2) Ver la definición de Demóstenes citada por Marciano en la L. 2. D. I. 3. *Lex est cui omnes homines parere decet propter multa... rei publicae communis sponsio, secundum quam omnes qui in civitate sunt vivere oportet.*

buen sistema constitucional el de que el poder legislativo no debe dictar normas particularistas de aplicación restringida.

Hay, sin embargo, materias en las que el precepto no puede menos de ser particularista, porque para regular una determinada relación singular puede requerirse una norma especial emanada del poder legislativo, o porque lo imponga una precedente norma general, o porque lo aconsejen razones políticas de oportunidad, de conveniencia. Así, por ejemplo, la ley, que según los artículos 19 y 21 de nuestro Estatuto, debe fijar cada vez la lista civil del Rey, la asignación anual del Príncipe heredero llegado a la mayor edad o con ocasión de matrimonio, la pensión de los Príncipes y la dote de las Princesas, la pensión de viudedad de las Reinas, también, por ejemplo, en el caso de conceder una pensión a la viuda de un funcionario, a quien de no mediar un precepto especial no le correspondería, etc.

Pero tales normas, como se ha dicho, no crean Derecho objetivo; su eficacia se limita a conferir un derecho a las personas a que se refieren (mas raro es el caso de que quiten derechos correspondientes a una persona); no tienen, por consiguiente, la eficacia de las demás normas jurídicas por hallarse desprovistas del carácter de universalidad. La tesis aquí aceptada ha sido discutida y algunos sostienen que la universalidad no es carácter esencial de la norma (1), y serían ejemplos de ello los transcritos. A lo cual se opone por otros que también las leyes con preceptos particulares son universales en cuanto que el precepto va dirigido a los funcionarios públicos para su ejecución (2). La primera afirmación no parece fácilmente demostrable, no siendo como no es fácil concebir normas que dirigiéndose a uno solo creen Derecho objetivo y, además, la teoría enunciada sólo aparentemente consigue dar carácter de universalidad a tales normas, ya que el deber de los funcionarios de ejecutarlas deriva no del precepto particular, sino de otra norma de carácter universal la cual garantiza a cada uno los derechos que le son atribuidos y, por consiguiente, también aquellos que son concedi-

(1) Ver Laband, *Staatsrecht*, II, págs. 1 y siguientes.

(2) Ver Filomusi, *Enc. giur.*, pág. 73, núm. 2.

dos particularmente a una determinada persona, y tal garantía no es posible si los funcionarios no hacen respetar el precepto. Así que de todo esto concluimos que tales preceptos no crean Derecho objetivo (1).

Esto nos conduce a examinar otra cuestión muy debatida entre los escritores, y es la de saber a quién va dirigida la norma jurídica.

En términos generales, se afirma que se dirige a los súbditos, a los ciudadanos, a los que con las obligaciones y limitaciones por ella establecidas impone, prohíbe o permite hacer algo. Se cree por otros que se dirige a los órganos del Estado, a los funcionarios públicos, a los cuales se les impone la obligación de velar por el respeto de las leyes y de exigir de todos su observancia (2).

Ninguna de estas doctrinas es rigurosamente exacta. Se fija solamente en un aspecto de las relaciones entre el Estado y los súbditos la doctrina que ve en los funcionarios públicos los destinatarios únicos de la norma jurídica, la cual, si bien se dirige a éstos, puesto que el Estado les asigna como misión el hacerla observar, esto es sólo el medio para conseguir y asegurar la universal observancia. El fin de la norma es tan sólo regir y gobernar las acciones de los súbditos y por ello a éstos primordial y principalmente va dirigida la norma.

Por otra parte, no siempre la norma se dirige a los ciudadanos; en alguna ocasión se dirige a los funcionarios, y a éstos exclusivamente, porque no se trata de confiarles el encargo genérico de procurar la observancia de la ley por parte de los ciudadanos, sino de determinadas obligaciones que los particulares no serían capaces de cumplir. Todas las normas de aplicación que

(1) Puede estudiarse más ampliamente este argumento en Jhon: *Das Gesetz in formellen und materiellen Sinn*, en el *Archiv. für Offentl. Recht* V. 2. (1890).

(2) Ver Jhon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, págs. 140 y siguientes; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Friburgo de Brisgovia, 1887, páginas 214 y siguientes; Seligmann, *Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag*, Berlín, 1886, págs. 98 y siguientes, y por último, Jhon, *Der Normenadressat in los Iherings Jahrbücher*, L. (N. F. XIV), 1906, páginas 1 y siguientes.

determinan el modo cómo otra norma debe actuarse, son normas dirigidas a los órganos del Estado, y esto puede decirse igualmente de las leyes llamadas formales, como son las leyes del presupuesto, las relativas a concesiones de obras públicas o reconocimiento de la capacidad a asociaciones y otros entes colectivos, etc.

d) *Sanción.*—Al tratar de las relaciones del Derecho y la moral se ha hablado del concepto de la coacción, y se ha visto cómo el criterio fundamental de distinción entre los dos campos sea precisamente aquella nota de que van necesariamente acompañadas las normas jurídicas. Conviene ahora ahondar algo en el asunto y examinar más detenidamente en qué consiste aquélla, tanto más cuanto que hay tratadistas que niegan que la coacción sea un momento necesario en el concepto del Derecho.

Se ha dicho ya que la norma jurídica es obligatoria, en virtud del orden jurídico que sujeta la voluntad de los particulares al poder soberano. Toda ulterior indagación acerca del fundamento último de la obligatoriedad—es decir, si ésta se basa sobre el concepto de la colaboración que han tenido en su confección los mismos que están sometidos a ella, o en el reconocimiento o adhesión que éstos prestan al precepto que emana de otros o, finalmente, sobre el sentimiento íntimo de los particulares de que la norma responde a los universales sentimientos de una determinada sociedad o de que es necesaria—, debe ser abandonada a la filosofía del Derecho.

Pero, ¿de qué manera se manifiesta esta obligatoriedad?

El Derecho objetivo exige de los sometidos la observancia de sus preceptos, y la exige a toda costa. No se realizarían los fines a que tiende el Derecho si la norma que se considera necesaria a aquellos pudiera ser observada por unos y violada por otros. Precisa que el ordenamiento apreste los medios idóneos para que el individuo sea constreñido a su observancia y para que si se muestra rebelde a la norma sea de nuevo sometido a ella. Estos medios, la sanción, son varios, pues las normas no todas emplean los mismos ni en igual medida. Unas veces provee a esto con una sanción directa, cuando ofrece, por ejemplo, el medio para forzar al individuo a ejecutar lo que la norma pres-

cribe; así sucede con respecto a la prestación del servicio militar; quien quiere sustraerse a él, viene coactivamente obligado a prestarlo; con respecto a la contribución territorial, al contribuyente que no paga se le confiscan sus bienes y el Estado satisface su crédito con el producto de la venta de los mismos. Otras veces, en cambio, apela a sanciones indirectas cuando impone perjuicios patrimoniales o penas a quien no observa la norma, lo que ocurre especialmente en todas las normas prohibitivas cuando la prevención no es suficiente o idónea a impedir que el acto prohibido se realice, y en todas aquellas que exigiendo una actuación estrictamente personal del sometido, no se prestan a un constreñimiento físico directo e inmediato.

Esta fuerza externa o física en que el imperio de la norma se manifiesta, constituye la coacción, la cual no es sino la *última ratio*, el remedio extremo a que el Derecho recurre para obtener su observancia.

Conviene, en efecto, no olvidar que los motivos por los cuales los súbditos observan la norma jurídica son de doble forma; se puede prestar sumisión a ella de un modo espontáneo por determinación libre del agente en cuanto existe en él convencimiento íntimo, no sólo de su utilidad por responder plenamente el precepto a los sentimientos de la universalidad, sino también de su práctica y racional necesidad en el ordenamiento social; y pueden también los súbditos prestar obediencia a la norma, porque siendo todo transgresor amenazado con un mal, el sometido tienda a evitarlo. Donde falta la determinación espontánea interviene la amenaza de la sanción para conseguir su observancia, y cuando ni siquiera ésta es eficaz interviene la coacción efectiva, la fuerza física que constriñe, y si la violación se ha cometido restablece el orden perturbado.

Por consiguiente, si bien la coacción no contiene en sí ni agota toda la esencia del Derecho, constituye un elemento necesario sin el cual la norma jurídica no se distinguiría de la moral. Sin embargo, la coacción en acto no debe considerarse como momento esencial del Derecho, pero sí la posibilidad de la coacción.

Aquellos que niegan que sea esencial al concepto del Dere-

cho (1), observan que situar la autoridad del Derecho en la fuerza, es expresar una proposición antijurídica; que la obligatoriedad de la norma radica en el momento psíquico interno, en el poder del espíritu; de modo que no dejaría de ser Derecho aquel que no fuese acompañado de una sanción exterior, cuando los súbditos todos libremente lo observasen; que no toda norma jurídica, finalmente, es susceptible de coerción externa, y no por eso dejan de ser normas de Derecho y normas obligatorias aquellas en que falta esta actitud. Como ejemplo, aducen toda una rama de la enciclopedia jurídica, el Derecho internacional, donde no existiendo, como no existe, un poder superior a la soberanía de los Estados particulares, la observancia de las normas no puede, en definitiva, obtenerse sino apelando a las armas; por otra parte, algunas normas de Derecho público interno que en cuanto van dirigidas a poderes soberanos del Estado no pueden ir acompañadas de sanción y la sumisión a las normas, se confía al sentimiento moral de los mismos; y, finalmente, hay preceptos del Derecho privado que son por sí mismos incapaces de coerción, como el deber de la asistencia y el de la cohabitación o el de la fidelidad recíproca entre los cónyuges (art. 130 del Código civil) (2).

Todas estas objeciones arrancan de las consideraciones más arriba hechas. Es inconcebible, incluso en un terreno abstracto e ideal, un ordenamiento jurídico que se base exclusivamente en la espontánea observancia de sus preceptos por parte de los que le están sometidos; y el no haber existido jamás, es decir, no habiéndose jamás conocido una sociedad que haya prescindido de los medios coactivos, demuestra que tal pensamiento es completamente erróneo. Pero aun cuando se concibiese un Estado constituido de ese modo, es decir, sin necesidad de recurrir para nada a la coacción, precisaría prever la posibilidad de que uno de los súbditos se rebelase contra la norma y para este caso disponer de medios coercitivos. Cierto que la coacción no constituye la esencia toda del Derecho y que no únicamente sobre ella

(1) Ver Windscheid, *Pand*, I, § 37, pág. 172, núm. 4, y los demás autores citados por Fadda y Benza, págs. 540 y siguientes, y por Filomusi, *Enc. giur.*, § 11, pág. 14.

(2) Concuera con el art. 56 del Código civil español.

descansa la obligatoriedad de la norma; pero si por una parte el Derecho consigue su propia actuación por motivos de índole ética, por el reconocimiento de la bondad y justicia intrínseca de la norma, por una espontánea prestación de obediencia, por el sentimiento de honradez y de sociabilidad, por otra hay que convenir en que tales motivos no son suficientes porque sin la amenaza de la coacción muchos no la observarían, y sin la actuación concreta de aquélla la transgresión quedaría impune.

Ni los ejemplos aducidos ni otros que pudieran aducirse demuestran la tesis que combatimos. Sería discutible si en las normas de Derecho internacional falta el elemento de la coacción y si no puede este elemento verse en el empleo de medios bélicos, los cuales, en cuanto son disciplinados con reglas reconocidas universalmente por los Estados (hoy sobre todo, que se han estipulado numerosas convenciones sobre la materia) (1), pueden

(1) Son de capital observancia las estipuladas en La Haya en las dos Conferencias de la Paz celebradas en 1899 y 1907. La segunda sobre todo, que tuvo por fin dar un mayor desenvolvimiento a los principios humanitarios proclamados en la primera y que dió lugar a catorce convenciones referentes a la resolución pacífica de los conflictos internacionales, a las deudas contractuales, rotura de hostilidades, leyes y costumbres de guerra terrestre, derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en la guerra terrestre, régimen de los buques mercantes al romperse las hostilidades, transformación de éstos en buques de guerra, colocación de minas submarinas, bombardeo, aplicación a la guerra marítima de la Convención de Ginebra de 22 de Agosto de 1864, consideración de los heridos de guerra, restricciones al derecho de captura en la guerra marítima, institución del Tribunal Internacional de presas, derechos y deberes de los neutrales en la guerra marítima. Ver el texto del acta final de 19 de Octubre de 1907 en *Riv. di dir. internaz.*, II, 1907, págs. 408 y siguientes.

A estas convenciones precedieron otras tendiendo a regular jurídicamente la guerra o a aminorar sus efectos, como la Convención de Ginebra de 22 de Agosto de 1864 y la de San Petersburgo de 11 de Diciembre de 1868, la primera referente a la condición de los heridos de guerra, y la segunda prohibiendo el uso de ciertas armas explosivas.

Además, no hay que olvidar la enorme importancia que en este respecto tiene la costumbre, que cada vez se difunde más, de recurrir al arbitraje en la resolución pacífica de los conflictos internacionales, a cuyo fin son de gran significación los Tratados generales de arbitraje, median-

considerarse jurídicos y como un sustitutivo de los medios ordinarios por los que se actúa la coacción en las demás ramas jurídicas (1). La necesidad de la coacción es algo irrefragable, y los casos que se citan en que la coacción está ausente, serán más bien casos de derechos imperfectos que por naturaleza propia no se prestan a la coacción. Así sucede con respecto a aquellas normas de Derecho público cuya observancia se confía al elevado sentimiento de justicia de los poderes soberanos—porque no es posible en la práctica construir órganos superiores a los órganos de soberanía—, y cuya violación implicaría un trastorno tal que provocaría la destrucción del Estado mismo (2).

te los cuales preventivamente se someten al juicio de los árbitros las controversias que puedan surgir entre dos Estados. Italia fué la primera nación—lo mismo que en la equiparación de los extranjeros a los ciudadanos— que propuso tales Tratados, y a ella se debe que se vayan difundiendo. Se deben recordar aquí los Tratados generales de arbitraje estipulados con Perú (18 de Abril de 1905), con Dinamarca (16 de Diciembre de 1905), con la República Argentina (18 de Septiembre de 1907), con Méjico (16 de Octubre de 1907), con Holanda (20 de Noviembre de 1909) y con Noruega (4 de Diciembre de 1910), que someten al arbitraje todas las cuestiones, reservando solamente aquellas que conciernen a la independencia y al honor de las naciones y siendo los árbitros los que determinan las que entran en tal categoría. El texto puede verse en *Riv. di Dir. int.*, I, 1906, págs. 27, 31; II, 1907, págs. 551, 554; VI, 1912, págs. 624, 621. Ver otras convenciones y ver Jusinato, *Gli ultimi progressi dell'arbitrato internazionale*. Rev. citada, I, págs. 16 y siguientes.

(1) Todos los citados medios particulares contruídos con esfuerzo por espacio de mucho tiempo, con la asidua elaboración de los principios del Derecho internacional, parece que han de ser superados por la recientísima creación de la última guerra: la Sociedad de Naciones. Con ella se crea una vasta organización que comprende a las grandes y pequeñas potencias, que teniendo por misión la conservación de la paz entre los pueblos, tiene poder de intervenir en todo conflicto, de decidir sobre el derecho de los contendientes, y con el auxilio de fuerzas internacionales a tal fin organizadas imponer al Estado rebelde la observancia de sus decisiones. El Estatuto de la Liga preve toda una serie de medidas coercitivas que tienden a impedir el que los contendientes recurran a las armas. (Ver el texto en *Alti Parlam*, Camera Legisl, 24 Sess., 1913-1919, doc. 1.233.)

(2) Así, por ejemplo, puede ser impuesto al Soberano, a las Asambleas legislativas, a los Ministros, un acto determinado que están obliga-

Hasta en el campo del derecho privado se tienen Derechos que bajo este aspecto aparecen como imperfectos; ejemplo, la obligación natural, a la cual falta la coacción en la forma más o menos plena y directa de la acción, pero que no por eso deja de ser vínculo jurídico. No siempre que la coacción parece faltar, falta en efecto; puede ser indirecta, como en el caso de la obligación de la cohabitación, el cual si no puede ser impuesto físicamente no está totalmente desprovisto de coerción (si bien indirecta) por efecto de la disposición del art. 133 del Código civil que autoriza al marido a negar alimentos a la mujer que sin justa causa se ausenta del domicilio conyugal negándose a volver, y hasta a proceder, según las circunstancias, al secuestro temporal de las rentas parafernales de la misma (1).

Hay preceptos, los cuales, por la naturaleza misma de las cosas o por causas de la relación que regulan o por otras razones de carácter ético o político, no pueden ser coactivos y otros en los que la coacción es menos plena o es indirecta; de modo que hay derechos que surgen imperfectos y permanecen siempre lo mismo, mientras que otros se hallan en vías de formación y tienden a convertirse en perfectos. Estas figuras anormales no autorizan a la afirmación de que la coacción sea al derecho indiferente. La fórmula más precisa que debe adoptarse es la de afirmar que no la *coacción* sino la *posibilidad de la coacción eventual*, es un concepto inseparable del Derecho objetivo (2).

dos a cumplir por la ley. Pero es evidente que el rehusar el Soberano promulgar una ley debidamente votada en la Cámara y el Senado y por él sancionada, la negativa del Parlamento a aprobar el presupuesto del Estado, o la de los Ministros a revocar providencias declaradas nulas por incompetencia, exceso de poder o violación de la ley por la Sección IV del Consejo de Estado, minarían más o menos gravemente las bases fundamentales del Estado, comprometerían su vida en el interior y en el exterior y harían cesar sus funciones todas.

(1) En el Código civil español no existe disposición equivalente a la que en el texto se cita; sin embargo, podrá lograrse prácticamente ese efecto con el derecho que el art. 149 concede al obligado a prestar alimentos de elegir para su efectividad entre el pago de la pensión que se fije y la recepción y mantenimiento en su propia casa del que tiene derecho a ellos.

(2) Ver en tal sentido Bekker, *andekten* § 18, pág. 47, n. e. y Zeit-

e) *Objeto*.—Objeto de la norma jurídica, son las relaciones de los hombres entre sí y con el mundo exterior. Estas relaciones, que aun cuando son relaciones del hombre con las cosas, se resuelven siempre en relaciones de hombre a hombre (ya que como el Derecho está constituido *hominum causa*) (ver D. fr. 2, l. 5), no puede existir sino entre hombres) (1); no todas las posibles relaciones humanas, sino entre las infinitas de la vida social, solamente aquellas que se manifiestan dignas de protección jurídica. Y en cuanto éstas son reguladas por el Derecho, constituyen las *relaciones jurídicas*, las cuales pueden definirse como «relaciones de la vida, reconocidas por el Derecho objetivo y por él determinadas y disciplinadas».

La más precisa determinación del concepto de relación jurídica depende del análisis de los elementos que la integran, es decir, del sujeto de la relación, del objeto, del hecho en que la relación se manifiesta (o por la cual se modifica) la tutela o defensa que la protege. Este análisis, que no puede por ahora ser comprendido en detalle, será asunto de ulterior exposición, cuando se estudien los principios relativos a esta materia. Queriendo ahora limitarnos a la formulación del concepto general bastará fijarse:

1) *En cuanto al elemento subjetivo*.—Que toda relación jurídica presupone un sujeto al cual es atribuída una facultad o

schr für vergl. Rechtswissenschaft I, páginas 110 y siguientes; Fadda y Bensa, l. c.; Filomusi loc. cit.; Del Vecchio, *Il concetto del Diritto*, páginas 111 y siguientes.

(1) En este sentido pero sólo en éste es exacta la afirmación de Windscheid, Pand I, § 38, pág. 173, según la cual no pueden concebirse las relaciones del hombre con la cosa: el Derecho rige las relaciones humanas y no las que pueda haber el hombre con los demás seres sensibles pero no inteligentes (animales) y con las cosas inanimadas. Pero Windscheid exageró su opinión al negar (l. cit., pág. 174, núm. 3) que en algunos derechos la relación jurídica se constituye directamente entre persona y cosa como ocurre con los Derechos reales, en virtud de los cuales se atribuye a la persona un señorío en la cosa. La cuestión que es de carácter eminentemente filosófico, tiene una gran importancia jurídica y no sólo doctrinal en el campo precisamente de los Derechos reales por el modo en que deban concebirse y definirse. Hablaremos de esto más extensamente al tratar de la distinción entre Derechos reales y de crédito.

pretensión, en vista de un fin que el Derecho considera digno de tutela. Sujeto de la facultad es el hombre, el individuo (1). Pero puesto que no todos los fines pueden ser alcanzados por el particular, puesto que hay muchos que sobrepasan la vida del hombre y no por eso el ordenamiento jurídico deja de estimarlos dignos de protección, la facultad o pretensión puede ser atribuída a entes colectivos especiales, constituídos por varias personas o por la consagración permanente de un patrimonio a la consecución de tales fines; entes (personas jurídicas) que resultan así semejantes al individuo en cuanto son titulares de facultades, y, por consiguiente, sujetos de relaciones jurídicas. En el sujeto de la relación así concebido, no se agota todo el elemento subjetivo de la misma; a más de este que es el aspecto activo hay el aspecto pasivo, esto es: frente al sujeto activo a quien corresponde la facultad o pretensión, se halla el sujeto pasivo a quien incumbe la obligación o deber. Esta duplicidad del elemento subjetivo es una consecuencia natural de darse la relación entre los hombres, porque no puede a uno competir y ser garantizada por el Derecho objetivo una facultad, sin que de ello derive una limitación en los demás, un deber que es general y negativo en todos los otros, obligados a respetar el derecho del titular y que puede ser particular y de contenido vario en un individuo que resulte particularmente obligado frente al primero.

2) *En cuanto al elemento objetivo.*—Objeto de la relación, y por tanto de la facultad que es atribuída al sujeto activo pueden ser las cosas, los actos de una persona o eventualmente la persona misma. Es objeto la persona misma en ciertas relaciones en que la facultad conferida al sujeto activo es un poder particular o soberanía que se ejercita sobre personas sujetas a la misma por motivos diversos. Tales son, por una parte, en las relaciones de familia, las potestades familiares, la patria y la marital por virtud de las cuales los hijos y la mujer se hallan sometidos al poder del padre y del marido; por otra, en las relaciones entre Estado y ciudadano, la soberanía por la que los

(1) Sobre la cuestión de si pueden haber derechos sin sujeto, se hablará más adelante.

miembros del organismo estatal están sujetos al imperio del poder soberano. Pero también aquí, como en la esfera precedente de las relaciones familiares, la sujeción no puede interpretarse tan amplia que conduzca a la destrucción de la libertad; figuras que admitan una sumisión tan completa del hombre que lo reduzcan al estado de esclavitud, han desaparecido ya del Derecho actual, como existía entre los romanos, y, en general, en las antiguas culturas (1). En todas las demás relaciones en que no aparecen como objeto las cosas, no es objeto la persona, sino un acto de la misma. El acto puede ser una acción positiva o una omisión que tenga un contenido o utilidad económica o una utilidad ideal o espiritual, sea o no valuable económicamente, pero debe representar siempre una utilidad, ya que el Derecho no tutela ninguna relación inútil al individuo o a la sociedad. Pueden, finalmente, ser objeto las cosas, partes del mundo externo, susceptibles de ser sometidas al poder del hombre y de ser por éste destinadas a la satisfacción de las propias necesidades.

3) *En cuanto a la causa generatriz de las relaciones jurídicas.*—Las causas que producen la relación son varias, algunas dependientes de la voluntad del titular, otras independientes o necesarias. Estas causas no son hechos cualesquiera, sino sólo aquellos a los que el Derecho objetivo reconoce el poder producir, modificar o extinguir un derecho, aquéllos a los cuales le atribuyen consecuencias jurídicas. Tales hechos llámanse *hechos jurídicos*. Cuando se hayan comprobado todos los supuestos, de los cuales el Derecho objetivo hace brotar los efectos propios de un determinado hecho, puede considerarse *nacida* la relación jurídica y el derecho subjetivo adquirido por el titular. Los supuestos deben darse todos; cuando sólo se den algunos, ni surge la relación ni se adquiere el derecho; puede tenerse una simple *expectativa*, que es, no obstante, tomada en consideración por el ordenamiento y eficazmente tutelada como esperanza de un derecho futuro.

(1) Sobre si puede concebirse como objeto del derecho la persona, o sea de construir una especial categoría de derechos, se hablará más adelante.

4) *En cuanto a la tutela.*—Para ser elevadas a dignidad de relaciones jurídicas las relaciones de la vida deben ser protegidas por una norma jurídica. En virtud de esta tutela, que da lugar a la posibilidad de la *coerción*, la facultad que corresponde al individuo como consecuencia del hecho jurídico, se convierte en Derecho del titular y es defendida de los ataques del obligado o los terceros. La tutela ejercitada por el Estado como único investido de los poderes de represión y de coerción puede, sin embargo, ser actuada por el propio titular cuando el ataque violento e imprevisto no dé tiempo a los órganos estatales para intervenir pronta y eficazmente.

Ahora, en la serie varia y múltiple de las relaciones jurídicas (1), unas son simples, están reguladas por una sola norma jurídica y otras complejas, que son reguladas por varias normas. Por otra parte, las relaciones particulares no se presentan nunca separadas y aisladas; hay entre ellas nexos más o menos íntimos, por los cuales resultan orgánicamente coordinadas en grupos homogéneos por la unidad del fin a que tienden, y por ello hay nexos también entre las normas que regulan aquéllas.

El conjunto de normas a un fin coordinadas y las relaciones todas que ese conjunto disciplina constituyen la *institución jurídica*.

Las instituciones jurídicas aparecen enlazadas unas con otras en grupos mayores y en sistemas según la materia a que se re-

(1) Sobre la teoría general de la relación jurídica, ver Filomusi, Enc. giur., § 43; Vanni, Lez., páginas 121 y siguientes, Merkel, Iur. Enc. §§ 145 y siguientes, 185, 206; Savigny, Sistema I, § 4, páginas 36-37. § 52 y siguientes pág. 335 y siguientes; Puchta, Pand. § 29, pág. 47; Barling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriff*. Fraburg, 1894-98, § 182 y siguientes. Cicala, *Rapports giuridico Diritto subietivo e pretesa*. Torino, 1909, páginas 1-32, somete a revisión las anteriores teorías y rechaza la idea de una relación entre el sujeto del Derecho y el mundo exterior que sustituye por una relación entre la persona y el Derecho objetivo, relación puramente ideal análoga a la que en lo moral sería la relación entre la persona y la norma religiosa. Elementos o términos de la relación jurídica, serían de una parte el sujeto, es decir, la persona a la que el Derecho se atribuye de otra el objeto, es decir, la norma de Derecho objetivo. Dudo que una tal relación puramente ideal aclare la teoría.

fieren. De aquí las distinciones y clasificaciones de las relaciones, de las cuales la más amplia es la de relaciones de Derecho público y relaciones de Derecho privado.

§ 8.—*Derecho público y Derecho privado*

Filomusi, Enc. § 39; Brugi, Intr. §§ 18, 23; Venni, Lez. pág. 87; Holtendorff, Enc. I página 298, pág. 434; Chironi, Ist. I, § 2; Gianturco, Sist. I, pág. 107; Chironi y Abello, Tratt. I. pág. 8; Coviello, Man. I, pág. 11; Savigny. Sist. I, § 9; Regelsberger, Pand. I, § 28.

La división del Derecho objetivo en público y privado, fué ya establecida por la ciencia jurídica romana (1) y romana también es la más antigua definición de las dos ramas: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quedam publica utilia, quaedam privatum* (l. I § 2, D. II, § 4, Inst. l. I), definición que se ha utilizado y reproducido en el campo del Derecho moderno. Sin embargo, es inadecuada para expresar el propio y verdadero contenido de las dos ramas del Derecho y para designar sus caracteres diferenciales. Adoptando la *utilitas* como criterio y declarando ser público el Derecho que se refiere a la utilidad pública y privado el que concierne a la privada se concede demasiada importancia a un elemento que no es exclusivo y se presupone una separación absoluta del interés público y del interés privado que no existía ya en el ordenamiento jurídico romano y que es inadmisiblemente en absoluto en el nuestro.

El criterio del interés y de la utilidad es un elemento para distinguir unas normas de otras: en las de Derecho público se da la preponderancia de la utilidad pública del Estado, en las de Derecho privado prevalece la utilidad de los particulares; la distinción no puede fundarse exclusivamente en la utilidad de la norma.

(1) Sobre el proceso histórico de la diferenciación del derecho público y privado en Roma, véase el documentado trabajo de Bonfante, *La progressiva diversificazione del Diritto pubblico e privato in Roma* (*Riv. it di Dir. sociol.* 1902, 6, 1).

Precisa fijarse en los sujetos a los que las normas se refieren y también en los fines que las normas persiguen. Ahora bien, bajo este doble aspecto es fácil ver normas que tienen por sujeto el Estado y otras en que el sujeto es el particular; así como es igualmente fácil distinguir sus fines, que son; en unas, regulación de las relaciones políticas, organización de los poderes del Estado, desenvolvimiento de la actividad de los órganos del mismo para la conservación de los fines estatales, y en otras, por el contrario, la regulación de las relaciones jurídicas particulares, la actividad privada de los ciudadanos. Con esta diversidad causada a un mismo tiempo por la diversidad del sujeto y por la del fin se enlaza la distinción que nos ocupa; constituye el Derecho público las normas de la primera categoría; el Derecho privado las de la segunda.

Todo esto no basta, sin embargo, para dar el concepto integral de una y otra rama ni para señalar sus límites.

Deberá ante todo tenerse en cuenta que la norma no asume carácter público solo y exclusivamente cuando es sujeto de la misma el Estado y fin suyo la organización de éste: hay, al lado del Estado, y con carácter de subordinados, otros agregados políticos menores, entre los cuales se distribuye el poder soberano y a los que corresponden determinadas circunscripciones territoriales: agregados políticos, que ejercen especiales funciones públicas y que completan, en los territorios que tienen asignados, la obra del Estado ya que por éste no podrían directamente actuarse todos los fines de la convivencia social, y por esto precisamente son conferidas a los mismos las funciones que más estrictamente se refieren a los fines particulares y locales. El Municipio, la Provincia, otras circunscripciones provinciales o regionales son esas organizaciones menores de carácter político. Ahora bien; cuando estos organismos son sujetos de la norma u objeto del fin que persigue el Derecho es igualmente público.

En segundo lugar, no basta que el Estado o los entes menores citados aparezcan como sujetos de una relación para inferir sin más que se trata de una norma perteneciente al Derecho público. El Estado, y con él las demás organizaciones menores, s

normalmente obran como poder político y soberano que ejerce funciones de gobierno y de imperio, asume también, por necesidad misma de los fines de carácter público que persigue, funciones que no son de soberanía ni gobierno. Sobre todo en la gestión de su patrimonio puede el Estado ser titular de derechos y ejercitar facultades o contraer obligaciones de modo no diverso a como actuaría el particular o cada una de las colectividades (personas jurídicas) que persiguiendo fines privados no están ni pueden estar investidas de poderes políticos o de potestad soberana. Cuando el Estado, la Provincia, el Municipio, obran con tal carácter, se aplican a ellos las mismas normas que se aplican a las relaciones entre particulares, esto es, las normas de Derecho privado que con esta aplicación no se transforman en públicas.

Precisando, pues, el concepto antes expuesto, puede decirse que:

a) Es *Derecho público* el conjunto de normas que regulan la organización y la actividad del Estado y de los demás entes políticos menores o disciplinan las relaciones entre los ciudadanos y estas organizaciones políticas;

b) Es *Derecho privado* el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o las relaciones entre éstos y el Estado o las demás susodichas agregaciones, con tal que éstas no ejerzan en la relación funciones de poder político o soberano.

No faltan escritores que buscan en otros elementos el carácter propio de las dos ramas y el criterio de su distinción; y hay otros que quieren fundarlo exclusivamente en uno u otro de los citados elementos. Así, por ejemplo, fijándose solamente en el fin, que es predominantemente privado en el Derecho privado y predominantemente público en el Derecho público, sostienen que ambos campos se distinguen por esto: que tendiendo las normas en el primero a tutelar intereses particulares de los individuos, a ellos corresponde decidir cuándo les conviene actuar el fin, de modo que cada uno tiene la facultad de renunciar libremente a él (*iure suo uti nemo cogitur*); en el segundo, dada la diversa naturaleza de los fines, la actuación de los mismos es

necesaria, de modo que las normas tienen siempre un carácter absoluto y constringente (1).

En otros términos: mientras en el Derecho público al derecho subjetivo corresponde un deber público, imponiendo a quien se halla investido con él la obligación de ejercitarlo, en el privado, no estando separado el derecho del deber, éste no tiene carácter de necesidad, pudiendo sustraerse al mismo los particulares con sólo renunciar al primero.

Pero esta afirmación no es del todo exacta, y para combatirla se citan ejemplos de derechos que entran en el campo del Derecho público que, como los privados, no implican un deber absoluto; tal es, por ejemplo, el derecho del sufragio, a cuyo ejercicio se puede libremente renunciar (2).

Toda consecuencia ulterior que de aquel criterio se quisiera deducir, sería falsa; y es errónea y ha dado lugar a dificultades invencibles en la doctrina, la deducción que se ha hecho de considerarse admitida en el Derecho privado la posibilidad de una derogación convencional de las normas de Derecho objetivo, prohibida absolutamente en el Derecho público; el principio *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (3), que se refiere a otra distinción, es falso en ésta, habiendo como hay numerosas

(1) Ver Vanni, Lez. pág. 89; Brinz, Pand I, § 68.

(2) Así sucede en el Derecho positivo italiano y en muchos otros pero hay algunos países en los que el ejercicio del Derecho del sufragio es obligatorio como ocurre en Bélgica, Suiza y España. Muchos sostienen que confiriéndose el derecho electoral no en interés del particular sino en el general del Estado, implica un deber público el de participar en la constitución de las representaciones políticas o administrativas y tiene mucha importancia para el Estado el que sean éstas expresión genuina de la voluntad general. En Italia se discutió la obligatoriedad del voto en el congreso jurídico de Florencia de 1891 (*Atti del III Congresso giuridico*, Firenze 1891; ver Codacci-Pisanelli, *Scritti di Diritto pubblico*, 1900, página 213 y siguientes) y un proyecto del ministro Luzzatti que lo quería obligatorio, fracasó.

(3) Así Papiniano en la l. 38, D. 2-14, análogamente Ulpiano, l. 45, § 1 D. 50, 17. *Privatorum conventio juri publico non derogat*. Sobre la importancia y alcance de este aforismo ver Araugis Ruiz, *Ius publicum privo pactis* (*Dir. prat. di Dir. priv*).

normas en Derecho privado que los particulares no pueden derogar.

Es asimismo insuficiente el criterio de la patrimonialidad, en virtud del que se atribuyen a la regulación del Derecho privado las relaciones jurídicas que tienen un contenido patrimonial y al Derecho público las demás; porque hay derechos públicos que tienen contenido patrimonial y otros privados que carecen de tal contenido.

No nos parece mejor la teoría mantenida por Jhon (1), que partiendo de la naturaleza de la tutela de que la norma está provista, designa como Derecho público el protegido por una acción pública ejercitable por los funcionarios públicos, y como de Derecho privado las que son protegidas con acciones privadas concedidas a los ciudadanos. No es la naturaleza de la acción lo que determina el carácter de la norma, sino a la inversa. Hay también que observar que no faltan normas de Derecho público cuya tutela es ejercida por los particulares y otras en las que la acción de los funcionarios públicos no puede ejercerse sin la iniciativa de los particulares, como sucede en los delitos perseguibles, tan sólo previa querrela del ofendido (ver delitos de injuria, calumnia, Código penal, artículos 400, 480 y 482; delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias, artículos 336, 344 y 356; delitos menores [algunos] contra la propiedad, artículos 417, 418 y 420, etc.) (2).

El criterio más completo es el indicado anteriormente y que descansa en el doble elemento de sujeto y fin de la norma (3).

(1) *Rechtsnorm und subjectives recht.*

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 400 del Código italiano concuerda con el 482 en relación con el 480 del Código penal español; los 336 y 344 con el 463 y el 356 con el 449. Los delitos previstos en los artículos 417 y 418 del italiano son los comprendidos en los números 5.º y 6.º del 548 del español; y al 420 corresponde el núm. 2.º del 530; pero estos tres últimos a diferencia de lo que en el italiano ocurre en el español son perseguibles de oficio.

(3) Ver entre otros Ranelletti, *Il concetto di pubblico nel Diritto* (Riv. it. p. l. Sc. giur. XXXIX, 1905); *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettive* (Studi per Fadda II, pág. 247 y siguientes). Ver también Raggi, *Ancora sulla distinzione tra Diritto pubblico e Diritto privato*, Riv. it. p. l. Sc. giur. LV, 1915, págs. 111 y siguientes.

El ser tan distintos uno y otro campo no debe inducir a la creencia de que no existan nexos íntimos entre ellos; ni la influencia más o menos grande que en las normas de Derecho privado ejerza el interés público o social debe autorizar a situar en la esfera del Derecho público preceptos que pertenecen al privado.

El criterio del interés o utilidad que más arriba rechazamos como base exclusiva para la distinción tiene gran importancia desde otro punto de vista que da lugar a una ulterior clasificación de las normas, de naturaleza enteramente diversa.

Hay, en efecto, en el conjunto de preceptos referentes al Derecho privado, algunos que son dictados con miras a una utilidad general o social, que trascienden de la esfera del interés particular y privado de los individuos, siendo éstos los sujetos y las relaciones entre éstos el fin de tales preceptos. Toda norma jurídica, es cierto, se inspira siempre en el interés de la convivencia social y tiende a la consecución de fines generales de esa convivencia, pero hay algunas que aun perteneciendo al campo del Derecho privado miran a una utilidad universal de la comunidad y su predominio la substraen al arbitrio y autonomía del particular restringiendo su libertad.

De tal naturaleza eran para los romanos las normas que exigían la conservación íntegra de la dote de la mujer, o tendían a asegurar la patrimonial integridad del pupilo, prohibiendo el pacto por el que se eximía al tutor de la rendición de cuentas, y ello porque *interest rei publicae mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* (l. 2, D. 23. 3.) *interest rei publicae rem pupilli salvam fore*, por la más eficaz tutela que las personas menores o incapaces deben hallar en el Estado; o también aquellas que prohibían que se pactase preventivamente la irresponsabilidad por dolo (1) o prohibían la preventiva renuncia de la acción procedente de delito (2), porque es interés general el no patrocinar ni estimular actos contrarios a la buena fe o a los pre-

(1) Paulo I 27 § 3, D. 2. 14. *Illud nulla pactione efficipolest, ne dolus praestetur.*

(2) S. 27 § 4, D. 2. 14. *Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti di paciscar ne furti agam vel inniziazum si feceris.*

ceptos del Derecho (1). Y en esta categoría se incluían, como se incluyen también en nuestro Derecho, gran parte de las normas relativas al derecho de familia, a los poderes originados en los vínculos familiares, al orden sucesorio, etc. A las cuales se han añadido otras muchas por efecto de la evolución de viejos conceptos que veían un mero interés individual y privado donde la conciencia moderna ve hoy un interés social que proteger, y otras más se añadirán en el futuro, siguiendo la tendencia actual, que aspira a la socialización del Derecho y que, imprimiendo carácter de utilidad social a ciertas prescripciones, conduce a limitar cada vez más la esfera de la autonomía individual.

Estas normas, que son de Derecho privado, los romanos las incluían en el *ius publicum*, pero entendiendo *publicum* en sentido diferente del contenido en su definición como Derecho relativo al Estado y a la actividad de sus órganos. Más exactamente sería considerarlas como *normas de orden público*, evitando así la confusión que derivaba de la antigua terminología.

Ahora el carácter de éstas estriba en una mayor fuerza obligatoria de los preceptos en ellas contenidos, la cual hace que aun regulando relaciones privadas no admiten derogación de parte de los particulares, ni renuncia de los derechos que de ellas derivan.

Cada propietario tiene la facultad de disponer a su antojo de las cosas de su propiedad, ya por actos *inter vivos*, ya *mortis causa*, pero como interesa a la sociedad entera y a la economía pública que los bienes circulen y no se inmovilicen, un principio de orden público prohíbe en nuestra legislación y en otras toda disposición fideicomisaria y toda prohibición convencional de enajenación. Es norma perteneciente al Derecho privado la que confiere al padre la potestad sobre los hijos, pero al mismo tiempo interesa a la comunidad social que la relación entre padres e hijos esté regulada de modo que dicha potestad sea irrenunciable, y el Derecho objetivo prohíbe que pueda regularse de modo diverso. Protegiendo el interés del particular, el derecho castiga el dolo o la mala fe en la contratación privada, pero como

(1) L. 27 § 4, cit. *Expedit enim timere furti vel inniziazum poenam.*

interesa al orden social su eliminación, no puede el particular pactar *ne dolus praestetur*, y sólo puede renunciar a la acción competente cuando el dolo se haya cometido, porque en tal caso el interés social desaparece y queda sólo el de índole privada, consistente en la reparación del daño causado.

A estas normas de Derecho privado, pero de orden público, se refiere la regla tradicional antes recordada: *privatorum conventio iure publico non derogat*. Es casi superfluo hacer notar que de la no derogabilidad de las mismas y de su más enérgica obligatoriedad no debe deducirse la no obligatoriedad de las otras. Lo cierto es que hay relaciones privadas en las cuales el Derecho objetivo confía total o parcialmente a la libre voluntad de los individuos la regulación de sus propios intereses; considerando desde un punto de vista general la utilidad de los individuos, el ordenamiento jurídico construye tipos abstractos y fijos de relaciones jurídicas y determina sus efectos, pero deja a la iniciativa privada el modificar ese tipo abstracto y el regular diversamente la relación; por el contrario, otras veces esa regulación, por el interés social que implica, no puede ser más que una y viene determinada por el Derecho de un modo universal y absoluto.

Pero tan obligatorias son las primeras como estas últimas, porque cuando el particular no haya introducido ninguna modificación tienen pleno vigor las normas dictadas por el Derecho, y cuando se haya conformado a éstas no son posibles otros efectos que los que el Derecho objetivo determine. La diferencia sustancial radica en que donde impera un principio de orden público la regulación de la relación no puede ser abandonada a iniciativa particular y, consiguientemente, no puede ser diversa de la prevista y querida por el legislador. Toda disposición que a ella se oponga de manera directa o indirecta es nula, y si tuvo lugar en el territorio de otro Estado donde impere un principio diverso, tropieza con un obstáculo absoluto su reconocimiento y se le niega toda tutela. Así puede decirse, por ejemplo, de las disposiciones privadas, convenciones, sentencias, actos realizados en el extranjero a los que les es negada eficacia en el reino, siempre que sean contrarios a los principios de orden público

italiano (1). (Ver disposiciones preliminares del Código civil italiano, art. 12; Código de Procedimiento civil, art. 941, núm. 4. Análogamente, los actos de las autoridades eclesiásticas: ver ley de 13 de Mayo de 1871, núm. 214, sec. 2.^a, sobre las prerrogativas del Sumo Pontífice, art. 17, párrafo 2.^o).

Otra cosa es determinar en qué consiste el concepto de orden público y establecer cuáles sean en cada ordenamiento jurídico positivo las normas de derecho privado que revistan tal carácter. Una determinación absoluta y universal no es posible porque el principio de orden público es en sí mutable y contingente, varía con el variar de la constitución orgánica de la sociedad, con las diversas fases de la conciencia colectiva de cada pueblo, con la convicción que de lo que debe ser la utilidad general se forma en cada agregado político en los diversos períodos de su evolución histórica. Por ello ninguna legislación fija con prescripción positiva cuáles sean los principios de orden público; éstos serán deducidos, o del carácter de no derogables que tengan las normas, o del conjunto de todas ellas y del sistema orgánico del ordenamiento mismo.

§ 9.—*Derecho universal y particular, normal y singular, absoluto y dispositivo*

Filomusi, Enc. § 25; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 17; Coviello, Man. I, pág. 16; Crome, Par. gen. §§ 10-12; Savigny, Sistema I, § 16 VIII § 347; Windscheid I, § 29; Regelsberger, Pand. §§ 29-52.

Se ha hablado más arriba de la distinción de las normas en imperativas, prohibitivas, permisivas y meramente negativas; ahora precisa, antes de examinar las partes en que se dividen las dos grandes ramas del Derecho público y privado, considerar otras importantes disposiciones del Derecho objetivo. Estas se enlazan, de un lado, con la del Derecho público y privado, comprendido en éste el Derecho privado de orden público; de

(1) NOTA DE LOS TRADUCTORES — Análoga disposición se encuentra en el Código civil español en el párrafo 3.^o de su art. 11.

otro, con las indicaciones que hemos hecho hablando de la universalidad de la norma, distinguiéndola de los preceptos que tienen una esfera de aplicación más limitada que la normal o que se forman por una desviación cualquiera de los principios generales (1).

a) Ante todo, prescindiendo aquí de las relaciones que puede haber entre los derechos positivos y nacionales de Estados diversos, soberanos e independientes (relaciones presididas por reglas particulares, dirigidas a resolver los conflictos de las leyes en el espacio, conciliando el principio de la soberanía y de la exclusiva capacidad normativa del Derecho nacional en el territorio de cada Estado, con las necesidades de la vida y de las relaciones internacionales), en lo que respecta a la esfera territorial de su aplicación el Derecho positivo de un Estado puede dividirse en *universal y particular*, según que se trate de normas imperantes en todo el territorio o sólo en parte del mismo.

Este fenómeno de un Estado, en el que imperen a un mismo tiempo y en orden a la misma materia un Derecho general para todo el territorio y otro particular para las fracciones del mismo, es frecuente. Frecuente en los Estados federativos, en los que, frente al Derecho general que rige para toda la federación, se hallan los derechos particulares que rigen en cada uno de los Estados federados. Y hasta puede ocurrir que, subdividiéndose estos en circunscripciones menores regionales o provinciales, y éstas en ciudades, municipios, etc., otros derechos más particulares imperen en los territorios de las circunscripciones menores y otros diversos también en los municipios, de modo que, por una serie de grados de subordinación se pasa de la unidad mínima territorial a la mayor y máxima del Estado, que comprende y abraza a todas las demás. Y sucede, por consiguiente, que un mismo Derecho es, a un tiempo universal y particular, como por ejemplo, el de la circunscripción provincial que es particular con respecto al derecho estatal y universal respecto al municipal. Ejemplos clásicos hubo en el tiempo en que, no habiéndose aun

(1) Sobre tales distinciones ver Coppa-Zuccari, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena 1915-16.

unificado el Derecho del Imperio germánico y rigiendo en el las leyes del Derecho romano común, en cada ciudad, provincia o circunscripción imperaba un derecho local y, sobre todo, el territorio, el Derecho romano. Lo que ocurrió también en Italia en la época de los Municipios, regidos cada uno por un Estatuto y sometidos a una legislación común, la romana y la longobarda. Y aun hoy no faltan materias en que en Italia a la legislación universal del Reino se contraponen la particular de una región o provincia; no obstante la unificación política y administrativa, hay provincias italianas que en materia financiera, eclesiástica o minera, se rigen por leyes particulares, que no rigen en el resto del Estado.

Con ello queda indicado el valor de la distinción del derecho en universal y particular; el primero tiene valor normativo paratodas y cada una de las relaciones que se dan en todo el territorio del Estado, pero donde se halla un Derecho particular es éste el que prevalece. Principio este que vale, no sólo para el derecho escrito, sino también para el consuetudinario, cuando el legislador, luego de haber disciplinado de modo general y uniforme, una relación ordene acudir a una regulación diversa que se dé en un determinado territorio por los usos y las costumbres locales (ver para el Derecho civil italiano Código civil, artículos 487, 580, 582, 1.505, 1.574, 1.598, 1.600, 1.604, 1.610, 1.613, 1.625, etc. (1); para el Derecho mercantil el Código de Comercio, art. 1.º), salvo que aquí por el valor más restringido y subordinado de la costumbre precisa para que prevalezca frente a la ley un especial precepto del legislador (2).

b) Una segunda distinción se refiere al fin que la norma se

(1) NOTA DE LOS TRADUCTORES.—El art. 487 concuerda con el 485 del Código español, el 580 con el 591, el 582 con el 592, pero en el español no se hace en este último invocación a los usos y costumbres locales. El 1.505 concuerda con el 1.496 y el 1.598 con el 1.571, pero en éste no se establece el aviso de que habla el párrafo 2.º del art. 1.598 del Código italiano ni se invoca como en aquél, la costumbre local. Al 1.610 corresponde el 1.566 sin invocación a la costumbre; y al 1.605 el 1.578. El art. 1.º del Código de Comercio italiano concuerda con el 2.º del español, excepto en lo que se refiere a la manifestación contenida en aquél de que los usos locales o especiales prevalecen con respecto a los generales.

(2) Ver Coppa-Zuccari, *Diritto territoriale e Diritto generale*, en la obra citada.

propone (o en un aspecto más material a las personas y a las cosas a las cuales se aplica). Se contrapone aquí el derecho *normal* (regular, común o general) al derecho *singular* (anómalo excepcional especial) (1).

El Derecho tiende a regular en modo universal y uniforme todas las relaciones; el conjunto de las reglas constituye un sistema de principios generales, que son destinados a valer universalmente, no sólo en el territorio del Estado, sino en relación con todas las relaciones jurídicas que con él se dan y frente a todas las personas que a él están sometidas. Sin embargo, ocurre a menudo que la norma general no se reputa idónea ni intrínsecamente justa, atendidas las circunstancias especiales para regular una determinada relación y que otra norma que se aparta de los principios generales se adapta mejor a la relación o a las personas. Las normas en tales condiciones, emanadas como derogación o excepción de los principios generales (bien entendido,

(1) Hay que advertir que los escritores atribuyen a estos términos valor diferente, fundándose en distinciones muy sutiles. Según nuestra opinión son equivalentes todos cuando designan la distinción indicada en el texto, diferente de la que se basa en la aplicación territorial de la norma en que se habla de un Derecho general o común para significar el que hemos llamado universal y de un Derecho especial para indicar el designado por nosotros especial o particular. Regelsberger Pand. I, § 30, páginas 121 y siguientes, añade una distinción entre Derecho o norma general (*Allgemeiner Rechtssatz*) y derecho o norma individual (*Individualer Rechtssatz*) considerando individual la norma dictada para regular una relación particular y concreta, para una o varias personas individual y concretamente determinadas y general la formulada y creada para regular relaciones abstractas, ya sea dictada para todas las relaciones de aquel tipo (Derecho normal o común) o sólo para algunas o un grupo de las mismas (Derecho singular). La norma individual se identifica así con el privilegio. Pero como veremos, consistiendo éste en dispensas de la observancia de la norma común, no crea Derecho objetivo, concede sólo excepciones, por tanto, la distinción no la admitimos (ver Coviello, Man. I, pág. 19 20; Crome. Part. gen. § 10, pág. 55, núm. 6) sobre todo en el Derecho italiano en el que el privilegio tiene un campo de aplicación tan restringido que puede considerarse desprovisto de importancia práctica.

Lo mismo puede decirse de la doble distinción que se hace entre Derecho normal y especial por una parte, Derecho normal y excepcional por otra, las dos clasificaciones se reducen a la contenida en el texto.

principios generales de aquel sistema de Derecho positivo en que la desviación tiene lugar, no principios generales en sentido abstracto, o Derecho natural, racional o filosófico), constituyen el Derecho singular o especial en contraposición a todas las demás que forman el Derecho normal o regular.

Este *ius singulare*, que Paulo (1) definía *quod contra tenorem rationis propter alicuam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, es un Derecho en el que la *ratio juris*, o sean los principios fundamentales del Derecho, no son aplicados con todas sus lógicas consecuencias y ello por una especial *utilitas* que aconseja la desviación. No es que la *utilitas* no sirva de fundamento a todas las normas y al Derecho normal por consiguiente, sino que ella adquiere una acentuación especial que es la causa justificante de la desviación. No debe confundirse el concepto del Derecho singular con el de norma de favor o beneficio. Con bastante frecuencia ocurre que, efectivamente, se resuelvan en un beneficio para la persona a que se refieren en cuanto implican el exonerarle de las consecuencias rigurosas que para ella tendría la norma común o que ocasionen una más eficaz tutela de los individuos o concedan a ciertas personas la facultad de adoptar formas más simples en la ejecución de los negocios jurídicos; pero también puede darse el efecto contrario: que impliquen una mayor limitación de las facultades concedidas a los demás, una restricción dictada por razones especiales. Lo característico es lo excepcional de la norma frente a los principios fundamentales del sistema y para que goce de este carácter excepcional, no precisa una esfera de aplicación más o menos restringida, puesto que hay derechos singulares con un amplísimo campo de aplicación, quizá tan extenso como el del Derecho normal.

Por vía de ejemplo recordaremos que constituían *ius singulare* entre los romanos las normas especiales dictadas por el S. C. Velleiano para la mujer que intercede a favor de otros, aquellas que eximían a ciertas personas del oficio de tutor, las que concedían al menor la *restitutio in integrum*, las normas que prohibían al acreedor obrar con respecto al deudor, de modo que

(1) L. 16, D. I, 3.

éste quedase privado de lo necesario para su sustento, el derecho testamentario de los militares (otros preceptos del Derecho romano fueron privilegios más bien que *ius singulare*), las disposiciones prohibiendo las donaciones entre cónyuges (es dudoso que hayan sido consideradas por los romanos como *ius singulare*) y muchas otras. Representan Derecho singular o excepcional en nuestro ordenamiento el que regula el matrimonio del Rey y de las personas de su familia (Código civil, artículos 69, 92 y 99) (1), algunas de las desviaciones del Derecho común, introducidas a favor de los menores frente a las personas dotadas de plena capacidad, todo el Derecho comercial frente al Derecho civil (2). Otro ejemplo importante se puede hallar en la legislación del año 1909 (l. 12. En 1909 y 62 Reales decretos, algunos convertidos en leyes), para reparar los desastres del terremoto calabro-siciliano del 28 de Diciembre de 1908; las disposiciones en ella contenidas renovadas luego, para el terremoto de Averno y Sora de 13 de Enero de 1915, ofrecen desviaciones más o menos acentuadas en todos los campos del Derecho (civil, procesal, administrativo, constituyendo por las relaciones y las materias a que se refieren un verdadero *ius singulare*) (3). Mucho más importante

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - Véanse los artículos 156 y 73 de la Constitución de la Monarquía Española de 30 de Junio de 1876, sobre matrimonio y tutela del Rey.

(2) Óptimas consideraciones sobre el *ius singulare* pueden encontrarse en Fadda y Bensa en Windscheid Pand. I, pág. 139 y siguientes (n. q.). Ver también Regelsberger, *Das ius singulare und di analoge Anwendungen*, 1892; Remy, *Der Begriff des ius singulare und seine Praktische Verwendbarkeit*, 1895; Scharlach, *Das ius singulare in röm Recht* (Arc. für de civ., Pr. LXII, pág. 435 y siguientes); hay que rechazar la tesis de este último escritor, según la que el Derecho singular entre los romanos era el creado por los particulares. Ver Coppa-Zuccari *Diritto sing. e Diritto com.* (ob. cit.).

(3) Ver el texto único aprobado con Decreto-ley de 19 de Agosto de 1917 de las disposiciones relativas al terremoto de 28 de Diciembre de 1908. Sobre los casos más notables de desviación del Derecho común. V. Polacco *Di alcune deviazioni dal Diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo* (Riv. di Dir. civ. I, 1909, pág. 337 y siguientes) ver Trompeo id. pág. 392 y siguientes. Para el terremoto de Averno y Sora ver Reales decretos de 14 de Enero de 1915; 21 de Enero de 1915; 5 de Febrero

como ejemplo de Derecho singular es toda la recientísima legislación excepcional, provocada por la guerra mundial desde el año 1914 al 19, no sólo con leyes, sino con Reales decretos y Decretos «lugartenenciales». En virtud de los plenos poderes conferidos por la ley de 22 de Mayo de 1915 para proveer a la defensa del Estado, a la protección del orden público, a las necesidades de la economía nacional, el Gobierno dictó, durante el memorable conflicto, una serie de Decretos que han producido en todas las ramas del Derecho, lo mismo del público que del privado, tanto del sustantivo como del procesal, profundas innovaciones y modificaciones del Derecho común. Así se formó improvisadamente un nuevo Derecho singular que, aparte de su importancia en el momento histórico que se produjo, ha de ejercer un grande influjo en las futuras reformas legislativas.

La parte más importante de este Derecho singular de guerra, es la que se refiere a los militares y a las personas a ellos asimiladas, a los que fueron concedidos beneficios especiales, exención de la observancia del Derecho común, simplificación de la forma de los actos, prórroga de plazos, etc., y no sólo a los militares, sino también a sus hijos, sus mujeres, a los huérfanos de militares muertos en la guerra, y en general, a las familias de los mismos; una resurrección (con normas y conceptos nuevos) de lo que el fué *jus militum* de los romanos, que representa un gran avance con respecto a la legislación común y que—como sucedió en el Derecho romano—podrá constituir la meta del Derecho normal en su constante tendencia a desenvolverse y modernizarse.

Derecho singular es gran parte de dicha legislación, no sólo en cuanto respecta a los militares y sus familias, sino en cuanto se refiere a la universalidad de los ciudadanos, ya que también para éstos se introducen muchas modificaciones durante la guerra y después de ésta. Y es singular también por su escasa duración; casi siempre a cada una de las normas, fué asignado como tiempo de vigencia el que durare la guerra o a lo sumo hasta

de 1915, extendiendo en parte las normas emanadas con ocasión del otro terremoto.

sesenta días después de la estipulación de la paz; en algún caso hasta un año o dos después y muy raramente se les atribuye duración indefinida. Carácter éste que distingue netamente nuestro nuevo Derecho militar del *ius militum* de los romanos, que como se ha dicho, fué un Derecho singular pero coexistente con el Derecho común y como éste indefinido en su duración (1).

Dado el carácter excepcional que el derecho singular ofrece, parece que a primera vista debiera inferirse que, a diferencia del Derecho normal, no sea susceptible no sólo de interpretación analógica, sino tampoco de interpretación extensiva. Y esta ha sido por mucho tiempo la opinión general, a la cual se ha creído hallar una base en las fuentes del Derecho romano y precisamente en la L. 14 D. L. 3 De Paulo, *Quod vero contra rationem juris receptum est non est producentium ad consequentias* (2). Pero esta opinión es errónea o cuando menos exacta sólo a medias. El Derecho singular a semejanza del normal, es susceptible de extensión, porque donde la *ratio* especial que constituye su fundamento se da debe valer el mismo precepto de Derecho y no puede aplicarse el Derecho normal. En otros términos, lo que se dice en materia de interpretación del Derecho normal puede aplicarse al Derecho singular, siempre que extendiendo éste no se vaya contra su *ratio* especial, es decir, siempre que haya en el caso no tenido en cuenta por la fórmula del precepto la misma particular *utilitas* que provocó la norma del Derecho singular.

La diferencia entre ambos derechos radica solamente en la aplicación analógica, la cual, mientras es permitida en el Derecho normal, es prohibida en el singular, a causa precisamente de su naturaleza; la derogación de los principios del sistema es facultad que corresponde exclusivamente al legislador y el aplicar el Derecho especial a otras materias que no sean las previstas por el mismo equivaldría a autorizar al intérprete la derogación del Derecho general. El pasaje recordado de Paulo y el art. 4.º de las

(1) Del contenido específico de esta nueva legislación de guerra y sus consecuencias se ha dado cuenta sumariamente y con referencia al Derecho privado a propósito de la codificación y de las reformas del Código civil, § 10, así como del estudio de las instituciones especiales.

(2) Ver la lex Geminata 141, pr. D. 50, 17.

Disposiciones preliminares del Código civil que expresa el mismo precepto se refieren precisamente a la interpretación analógica (1).

Esto no debe entenderse en un sentido riguroso y absoluto. Cuando el Derecho singular constituya un sistema orgánico de normas que regulen toda una materia, bien puede haber lugar en el mismo a la interpretación analógica para los casos no considerados por las normas particulares, pero que entran en la materia regulada por aquel sistema; así, por ejemplo, el Derecho mercantil, del cual no se excluye la analogía.

c) Muy distinto carácter y valor tiene el privilegio, que se diferencia notablemente del Derecho singular, si bien en las fuentes romanas las dos figuras se aproximan tanto que parecen confundibles; fué tal vez el mismo *ius singulare* en el período tardío del Derecho romano, llamado *privilegium* así que los confines entre las dos especies de normas quedaron casi borrados.

Era el *privilegium* una norma excepcional, una derogación del Derecho normal; y este es el elemento que lo aproxima al *ius singulare*.

Pero se diferenciaba en que mientras el *ius singulare* era sugerido por la *aequitas*, al *privilegium* le falta tal fundamento, y mientras aquél era y es una regulación de relaciones abstractas que se aplica a todas aquellas que en el futuro se conformen al tipo abstracto, el *privilegium* era disciplina de una relación determinada y concreta, por lo que valía únicamente para la relación especialísima prevista en él y no para otras idénticas o semejantes: disposición emanada para una o más personas determinadas, así como concesiones de exención de la observancia de normas generales (*lex in privos lata*) (2), podía contener también un trato excepcional de desventaja, aunque por regla general creaba siempre una condición favorable o privilegiada.

(1) Ver Fadda y Bensa en Windscheid Pand, I, pág. 149 y siguientes (n. z.) Perozzi Ist. di Dir. rom., I, pág. 78 y siguientes.

(2) Ver Gelio Noct Att X, 20, *Lex est generale inssum populi... Non sunt enim generalia inssa neque de universis ciribus sed de singulis concepto; quod circa privilegia potius vocari debent quia veteris priva sixerunt, quod nos singula dicimus.*

Si este es su carácter fácil es comprender cómo en el actual ordenamiento, que no consiente exenciones individuales de las leyes ni posiciones de favor o privilegio, no se pueda casi hablar de él. Hoy tiene el valor de una mera reminiscencia histórica, por lo menos frente al ordenamiento jurídico italiano, en el cual sería difícil encontrar de él ejemplos concretos y actuales.

d) Relacionada con la distinción de Derecho público y privado, es también la que divide las normas en *absolutas* y *dispositivas*; ella se refiere a la más o menos enérgica obligatoriedad de la norma en el sentido antes indicado de una obligatoriedad incondicional y no derogable de algunos preceptos frente a una obligatoriedad que es condicionada en otros en cuanto se admite la posibilidad en los particulares de derogar el precepto de Derecho y someter cada relación en concreto a una regulación diversa, voluntariamente establecida por los particulares.

Es absoluto y obligatorio todo el Derecho público. Y si en algún caso es consentida la renuncia de la facultad que por efecto de sus normas es atribuída al particular, no es posible en ningún caso, por parte de éste, una regulación de la relación correspondiente, distinta de aquella única que ha sido preestablecida por el legislador: el particular no tiene libertad de elección. Es, por consiguiente, Derecho absoluto aquella parte del Derecho privado que hemos llamado de orden público y que los romanos designaban con el término de *ius publicum*.

En toda otra especie de Derecho privado falta este carácter absoluto; el Estado no tiene motivos para sobreponer la voluntad universal a la del particular, porque de las relaciones jurídicas privadas es el interesado su mejor juez y regulador. Las relaciones disciplinadas de modo general y uniforme por el Derecho objetivo, lo son solamente con carácter subordinado y condicional para el caso en que el particular no haya manifestado su intención de querer una disciplina diversa.

Donde esta disciplina privada tiene lugar, en virtud de la autonomía del particular y del poder de disposición que le corresponde (contrato, testamento), la relación resulta regulada por ella; donde falta, interviene la regulación preestablecida en el Derecho objetivo, la cual funciona sustituyendo a la voluntad

privada integrándola o supliéndola; en esta función el Derecho objetivo se llama dispositivo y también supletorio, subsidiario, indicativo (1). Nada importa si la voluntad privada falta en todo o en parte. Así, por ejemplo, puede el particular no haber dispuesto nada sobre su sucesión, y el Derecho actúa con las normas de la sucesión *abintestato* la regulación total de la relación; pueden los contratantes en una venta haber regulado la relación de modo totalmente diverso de como la regulan las reglas generales de la compraventa y haber omitido el regular la posible evicción, y entonces se aplicará a la evicción, cuando ésta se verifique, el Derecho dispositivo (2).

(1) Hay algún autor, por ejemplo, el Filomusi, Enc., pág. 87; que distingue las normas dispositivas de las supletivas. De la primera especie serían las normas que sientan un precepto con miras a una cierta utilidad social pero concediendo al individuo el poder de derogarlas en un caso particular; de la segunda serían las que reconocen que normalmente corresponde al particular el poder disciplinar la relación y la norma interviene sólo supliendo la voluntad del particular cuando ésta no se manifiesta. La diferencia si bien teóricamente tiene un valor, en la práctica es incomprensible y no la aclara: el decir que en el Derecho dispositivo, el precepto, es el *prius* y la voluntad privada el *posterius* y en el supletivo es el *prius* la voluntad y el *posterius* el precepto, puesto que todo se reduce siempre a lo mismo, a una norma que rige con extensión más o menos amplia cuando no se manifiesta la voluntad del particular.

Otros, Savigny por ejemplo (Sistema I, pág. 119) llama Derecho subsidiario al universal y común frente al particular y local en cuanto que el primero se aplica subsidiariamente cuando falta una disposición del segundo.

(2) Omitimos otras distinciones más o menos sutiles. Recordaremos solamente la de Regelsberger Pand I, § 32. págs. 128-129 que distingue de las normas *autorizativas* (*ermächtigende Rechtssätze*) constituídas por los preceptos con los cuales se reconoce eficacia normativa de las relaciones privadas, a la voluntad privada, en los que se declara que, dadas determinadas condiciones, los negocios jurídicos de una cierta categoría producen los efectos queridos (ejemplo *uti legassit ita ins esto. Pacta conventa servabo*), las *interpretativas* (ver Coviello Man. I, pág. 17) «que tienden interpretar el significado de la voluntad privada manifestada obscuramente». Considerada la interpretación de modo más general en orden a su fin, esta última categoría se ampliaría hasta incluir en ella no sólo las normas interpretativas de los contratos, testamentos y en general de los negocios jurídicos (ver Código civil, artículos 1.131-1.139 sino también de

§ 10.—*División del Derecho público*

Filomusi, Enc. § 39, pág. 162; §§ 103-173; Brugi, Intr. §§ 23-28; Holtzendorff, Enc., volumen II (1); Chironi y Abello. Trat. I, pág. 12; Savigny, Sist. I, pág. 52

A las complejas exigencias que el Estado debe satisfacer y a la variedad y multiplicidad de relaciones que se dan en la vida interna y externa del mismo, corresponde una serie diversa de funciones políticas administrativas, ejecutivas, judiciales, de las cuales cada una tiende a realizar una parte de los fines del Estado y todas juntas al fin supremo de la convivencia social. A estas funciones especiales corresponden grupos especiales de normas, de los cuales unos regulan la constitución de los poderes soberanos, otros la administración de la cosa pública, otros las relaciones entre los órganos del poder político y administrativo y los gobernados, otros el modo de ejercerse la tutela del Estado y los particulares contra los ataques y las infracciones del Derecho, otras, en fin, las relaciones del Estado y de sus súbditos con otras organizaciones soberanas y los suyos. Todo el Derecho público se divide, por tanto, en varias ramas, constituyendo cada una una disciplina jurídica: Derecho constitucional, administrativo, penal, procesal, internacional y eclesiástico.

a) *Derecho constitucional*.—Se reúnen en esta las normas todas que presiden la suprema organización del Estado y regulan con la división de poderes toda la acción del mismo, la fun-

las leyes (ver disposición preliminar, art. 344) y de algunas expresiones jurídicas (Código civil, artículos 421-424).

(1) Todo el volumen II de esta obra está dedicado a la exposición y estudio de todas las ramas que consideramos existentes en el Derecho público, si bien el criterio de división es distinto; prescindiendo del Derecho internacional privado (pág. 1-45) se asigna al Derecho civil el procesal civil (jurisdicción contenciosa y voluntaria, págs. 47-233) al público el constitucional, administrativo, eclesiástico, internacional, colonial y seguros sociales (439-1. 136) el Derecho penal consta de una sección que abarca: penal común, procedimiento penal común y Derecho y procedimiento penal militar.

ción de sus órganos, los límites de ésta, las relaciones entre la soberanía política y los gobernados. Separando el concepto de sociedad y Estado, en el cual todas las actividades del particular y de los grupos sociales, siempre en lucha entre sí, deben hallar la garantía de una manifestación normal y pacífica; el concepto de éste último, dada la existencia de los elementos fundamentales que concurren a formar el Estado—el pueblo, el territorio y una ordenación jurídica, en virtud de la cual aquéllos son sometidos a la soberanía de un poder supremo—, determina a quién corresponde la soberanía y cómo éste se reparte y ejerce.

Puesto que el Estado tiene dos fines supremos en el que todos los fines particulares convergen, dar las normas y realizar sus fines, responde a una idea racional el dividir los poderes del mismo en dos órdenes: uno que preside la fijación de los preceptos jurídicos (*legislación*), el otro a la ejecución de éstos y a la administración de la cosa pública (*ejecución, administración*). En la ejecución de las normas y en la administración, el Estado cumple funciones substancialmente diversas cuando restablece el orden jurídico violado o hace cesar su amenaza, y cuando provee a las demás necesidades con obra de gobierno.

De aquí la distinción de los tres poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial, y la determinación de los límites y funciones propias de cada uno como objeto del Derecho constitucional. Este, según la constitución política de cada Estado, establecerá en qué órganos específicos resida cada uno de aquellos poderes, de qué modo deban ejercer las funciones propias y cómo y en qué medida participa el pueblo en el gobierno y en la legislación.

En particular, y tomando como tipo de Estado moderno el monárquico representativo, es pertinente aquí, a más de la doctrina general del Estado, la regulación de las representaciones nacionales o asambleas legislativas (Cámara y Senado), que con el jefe del Estado (Rey), constituyen el poder legislativo, la participación del pueblo en la citada función mediante la elección de sus representantes en las asambleas populares (derecho electoral), garantía de las minorías, modo como se forman las leyes y la potestad conferida a otros órganos para dictar normas obli-

gatorias y universales, facultades que corresponden al Monarca como miembro del poder legislativo y como jefe del poder ejecutivo, modo de regular la sucesión al Trono o ejercicio de la soberanía monárquica en los casos de impedimento, gobierno Ministros y responsabilidad de éstos, etc.

Al lado de estas materias directamente relacionadas con la organización y poderes del Estado, entran también en los dominios del Derecho constitucional las normas relativas a algunos supremos principios que, concediendo a los ciudadanos una esfera propia de actividad, garantizan su libertad como miembros de la comunidad política y constituyen por ello la base fundamental en que asienta la constitución del Estado; la igualdad de los ciudadanos ante la ley que asegura a todos un goce igual de los derechos civiles y políticos e impone a cada uno una contribución proporcional en las cargas del Estado; la inviolabilidad de la propiedad y el domicilio; la libertad individual de pensamiento, de palabra, de conciencia, de fe religiosa; la libertad de asociación de prensa, etc.

No son solamente principios estrictamente jurídicos los que constituyen su objeto; hay con ellos, y en algunas materias predominan, principios políticos conforme a la naturaleza particular de las relaciones por ellos regidas.

b) *Derecho administrativo*.—A esta segunda rama pertenece el conjunto de normas que regulan la acción del Estado en la realización de los fines sociales, políticos, financieros, a los cuales tiende; su acción es la acción de gobierno o de ejecución, es decir, la administración de la cosa pública, la gestión de la Hacienda del Estado, la ejecución de las leyes, excepción hecha de cuanto corresponde al poder judicial y constituye su función propia.

Determina los órganos de la administración pública y las funciones propias de cada uno de ellos, así como los límites y esferas específicas de su competencia respectiva; órganos que por el carácter de la función que realizan son de dirección, o de mera ejecución, o de fiscalización y control, y por el ámbito dentro del cual la ejercitan y la subordinación jerárquica entre ellos existente, son centrales o locales; y en cuanto a los fines específicos a cuya realización tienden, están caracterizados por

la especial materia a que proveen. Toda la administración del Estado se divide en varias ramas (representadas por ministerios, direcciones generales y otras oficinas autónomas), cada una de las cuales preside una parte de la Hacienda pública: policía y seguridad interior, defensa exterior, justicia y culto, instrucción, tráfico, industria y comercio, agricultura, organización y protección del trabajo, comunicaciones, obras públicas, gestión del patrimonio del Estado, relaciones exteriores y, sobre todo esto, se preocupa de procurar los medios financieros necesarios a la realización de los múltiples deberes, siempre en aumento, que incumben al Estado moderno.

Pero no pudiendo ser satisfechos por el Estado todos los intereses sociales, se confía el cumplimiento de los locales o regionales a otros entes autárquicos; se incluyen por ello en esta rama jurídica todas las normas que disciplinan la vida y la acción del Municipio y de la Provincia, o de aquellas otras circunscripciones en que, según las necesidades y la materia, se subdivide el territorio del Estado, así como de aquellas colectividades menores que, por los fines de carácter público a que tienden (especialmente los de beneficencia, asistencia a los pobres y enfermos, protección de la infancia abandonada, etc.), constituyen la obra del Estado. Sobre todas las múltiples funciones de éste y de los entes menores, autárquicos o no, ejercitan además control y vigilancia, órganos cuya disciplina corresponde al Derecho administrativo, el cual si por un lado mantiene íntimas relaciones con el constitucional, ya que su materia puede revestir a un mismo tiempo carácter político y carácter administrativo, por otro las mantiene también con el Derecho procesal, del cual una parte entra en el Derecho administrativo, en cuanto que para resolver los conflictos entre el Estado y los ciudadanos cuando no se trata de hacer valer verdaderos y propios derechos sino de intereses (en sentido técnico), son creados órganos especiales (en Italia las secciones 4.^a y 5.^a del Consejo de Estado, las Juntas provinciales, administrativas, etc.), que actúan la justicia administrativa (1).

(1) En España las Juntas administrativas y arbitrales y los Tribunales económico-administrativos central y provinciales. Véase el Regla-

c) *Derecho penal.*—De dos maneras y con medios diversos cumple el Estado su altísima misión de mantener íntegro el orden jurídico y de restablecerlo cuando haya sido turbado por infracciones más o menos graves que ponen en peligro la existencia y seguridad de la sociedad, con función preventiva que corresponde al poder de policía, éste se esfuerza en impedir todo atentado al orden jurídico, y con la función represiva que corresponde al poder judicial, castiga los actos que han quebrantado tal orden y actúa así la defensa de la sociedad.

Al Derecho penal corresponde la represión del acto antijurídico y el restablecimiento del orden jurídico interno. El cual no resulta turbado (y, por consiguiente, no reclama la intervención de la acción punitiva del Estado) por todo acto que niegue un Derecho subjetivo ajeno, sino por aquellos solamente que violan el Derecho subjetivo público del Estado, consistente en la defensa del orden, ya que la negación del Derecho subjetivo privado dará lugar a una simple contestación judicial de carácter civil. Son tales actos los que, por su gravedad, ocasionan una alarma social y ponen en peligro el pacífico desenvolvimiento de la actividad del organismo social, ya se dirijan contra los poderes del Estado y su organización, ya invadan la esfera particular, y a través de la lesión del Derecho de éste ofendan, turbando el orden, el Derecho subjetivo público del Estado. Sin embargo, si para castigar las lesiones de los derechos particulares la acción punitiva del Estado se ejerce de oficio, por regla general (y esto ocurre para las más graves), hay algunas que, por su menor entidad o por supremas razones de moralidad, el delito no se persigue sino a instancia de la parte ofendida.

Corresponde, por tanto, al Derecho penal determinar en la serie múltiple de los actos ilícitos aquellos que por su carácter antisocial revisten forma de delito y reclaman sanción punitiva, a más e independientemente de la responsabilidad civil del reo y de la reparación del daño que se debe al ofendido; establecer las condiciones y los límites de imputabilidad del agente en re-

mento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas aprobado por Real decreto de 29 de Julio de 1924.

lación a la libertad de su voluntad, a la edad, a la inteligencia y a las eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal; fijar las penas, ya sean privativas o restrictivas de libertad personal, ya de naturaleza pecuniaria u otras para cada delito, adaptándolas a la mayor o menor gravedad del daño ocasionado al individuo o a la sociedad, al grado de responsabilidad, a la serie más o menos completa de actos realizados por el reo para cometer el delito, que puede ser tentativa o delito frustrado. Dos principios fundamentales imperan: que no puede haber figura de delito fuera de las preestablecidas en la ley (*nullum crimen sine lege*), no siendo lícito abandonar la libertad ciudadana al arbitrio judicial, y que no puede existir una pena que no haya sido fijada en la ley (*nulla poena sine lege*).

d) *Derecho procesal*.—A la más alta función del Estado, a la administración de justicia, corresponde otra rama del Derecho público: el Derecho procesal, que se subdivide en *civil* y *penal*. Uno y otro pertenecen al Derecho público, aunque hubo dudas respecto al Derecho procesal civil, que se consideró como formando parte del derecho privado. Pero sin razón; porque, si bien es distinta la naturaleza del hecho que da lugar al procedimiento civil y al penal, y diversa, por tanto, la finalidad y la función específica de ambos procedimientos, tendiendo, como tiende, el penal al conocimiento o averiguación de los delitos y al castigo del culpable por la infracción de la norma jurídica, y el civil a la resolución de una controversia, al restablecimiento de un Derecho subjetivo privado o público que ha sido contestado, sin embargo, uno y otro procedimiento son siempre una función de soberanía que el Estado ejerce al asumir la tutela de los derechos y actuarla mediante un juicio.

Desterrado del ordenamiento jurídico actual todo vestigio de la antigua defensa privada que se daba cuando era débil aún la organización estatal y poco desarrollada la idea que al Estado atribuye la facultad y el deber a un tiempo de administrar justicia (1), el Derecho procesal disciplina la organización judicial

(1) La defensa privada no solo no es consentida sino que es prohibida como delito por la ley penal italiana (Código penal, art. 235). Sólo excepcionalmente se admite en los casos más graves en que se trate de

del Estado dictando normas reguladoras de la competencia de los órganos que administran justicia, de las formas del proceso, de los medios con los cuales el Derecho se hace valer coactivamente. En la determinación de la competencia, de las formas y de los medios se halla la suprema garantía de los ciudadanos, y cardinales son en tal materia algunos principios, como el de que no se puede alterar la forma de la organización judicial si no es en virtud de una ley, que ningún otro organismo, sino los legalmente investidos, pueda juzgar; que es ilícito crear Tribunales extraordinarios; que los juicios deben ser públicos.

Por tanto, las leyes procesales establecen cómo se distribuye la jurisdicción entre los magistrados en la esfera civil y en la penal, ya sea por territorio, ya por valor; como se ejerce la acción civil y la penal; mediante qué pruebas el juez puede llegar a la comprobación de la verdad y pronunciar la decisión; qué remedios se ofrecen para reparar los efectos de la sentencia injusta; de qué medios puede el particular o la autoridad servirse para ejecutar lo determinado por el Juez y así restablecer el Derecho perturbado y ofendido. Reglas diversas dominan, sin embargo, en ambos campos, las cuales se distinguen porque, si bien todas las normas procesales, como pertenecientes al Derecho público, son obligatorias, no derogables, esta otra derogabilidad es abso-

rechazar una violencia actual e injusta (legítima defensa o de salvarse o salvar a otros de un peligro grave e inminente para la persona (estado de necesidad) ver Código penal, art. 49, números 2 y 3 (a).

(a) NOTA DEL TRADUCTOR. El Código penal español admite la excepción primera en las formas y extensión de los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 8.º; esto es, la legítima defensa de la persona o derechos propios; de la persona o derechos del cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el 4.º grado civil; y de la persona o derechos de un extraño. En cuanto a la otra excepción, esto es, la constitutiva del llamado «estado de necesidad» definido por Von Liszt como «una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos» (tratado de Derecho penal, tomo 2.º, página 341. Traducción española de la 18.ª edición alemana por Quintiliano Saldaña) el Código español la reconoce con cierta amplitud en el número 7.º de su art. 8.º; si bien la jurisprudencia con un criterio absurdo restringe aquel precepto, aplicando sólo la exención a los daños causados en propiedad ajena para evitar otros mayores, dejando fuera de su salvaguardia otros derechos como los referentes a la libertad y al honor.

luta y universal en el Derecho procesal penal y lo es sólo, por regla general, en el civil, donde no faltan preceptos, que, siendo dictados en interés de los particulares más que por una necesidad o utilidad pública, admitan la posibilidad de una derogación o una renuncia.

e) *Derecho internacional*.—Si todas las estudiadas son normas que se refieren a la vida interna del Estado, otras concierne a su vida externa, constituyendo el Derecho internacional. Puesto que el Estado no puede alcanzar todos sus fines viviendo en condiciones de aislamiento, se dan relaciones múltiples entre unos Estados y otros, en las cuales vienen a ser éstos, en el amplio ámbito de la comunidad de las gentes, los sujetos de la sociedad internacional, como los individuos, aisladamente o agrupados en colectividades menores, son los sujetos en el interior del Estado. Estas relaciones—que antes eran raras por el aislamiento en que vivían las gentes y que en cierto tiempo fueron imposibles con Estados, por ejemplo, como el romano, el cual, habiendo adquirido una enorme potencia, subyugó a los demás, y destruyendo su autonomía e independencia suprimió los elementos indispensables de la relación—han alcanzado en la época moderna una gran importancia y se han convertido en relaciones jurídicas reguladas con normas de Derecho, a diferencia de lo que acontecía antiguamente, que eran simples relaciones de hecho regidas por la cortesía, la moral y la política.

La profunda diferencia que existe entre estas normas y las anteriores radica en la fuente de donde derivan, en el especial fundamento de su obligatoriedad, en su imperfección relativamente al momento de la coercibilidad, que hemos considerado como esencial en el Derecho y no en la naturaleza intrínseca, que es la misma. Si es cierto que en el Derecho internacional falta una autoridad soberana que dicte las normas y faltan igualmente los órganos jurisdiccionales que las apliquen, como también órganos ejecutivos que impongan su observancia, no pudiendo darse por encima de cada soberanía una soberanía superior (1),

(1) Hoy como resultado final de la guerra europea, el esfuerzo general de los Estados es precisamente el de crear órganos jurisdiccionales y ejecutivos que declaren el Derecho e impongan su respeto. El estatuto

no lo es que por esto sólo falte obligatoriedad a sus normas.

La fuente es la voluntad misma de los Estados soberanos, ya se conciba una voluntad común, ya se piense en una voluntad colectiva de los Estados, ya en voluntades particulares coordinadas que se proponen la fijación de preceptos por el íntimo convencimiento de su necesidad, y la obligatoriedad reside en la autolimitación que cada Estado hace de su propia soberanía, y por ello una serie de limitaciones recíprocas de las soberanías y de autoobligaciones mutuas.

La materia es todo lo que puede ser objeto de acuerdos entre los Estados: la paz y la guerra, con todo lo que mira a proteger la primera (arbitraje obligatorio, constitución de Tribunales internacionales de justicia), y atenuar los efectos de la segunda (alianzas, neutralidad, representación diplomática y consular, comercio y navegación, comunicaciones ferroviarias postales y telegráficas, protección del trabajo y propiedad artística y literaria, lucha contra la esclavitud, defensa sanitaria, navegación aérea).

El campo amplísimo de las relaciones externas no se agota en aquellas que se dan entre los Estados considerados como entes soberanos y sujetos de Derecho público; otras relaciones entre los ciudadanos de los diversos Estados, o bien entre los particulares y el Estado, en cuanto este último obra como sujeto de Derecho privado. De aquí la distinción del Derecho internacional en dos ramas: el público, que regula las relaciones entre soberanías, y el privado, que regula los conflictos de leyes en el espacio y que tiene sus fuentes, tanto en el Derecho interno (leyes de conflictos: ejemplo, disposición preliminar del Código civil, artículos 6-12) (1), como en los Convenios internacionales (Convenios de La Haya de 12 de Junio de 1902 para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio, de divorcio, de separación personal, de tutela de menores). Al Derecho privado

de la Sociedad de Naciones prevé la organización de una fuerza internacional superior que ejerza la función de órgano ejecutivo puesto al servicio de la ley y aplique coactivamente sus preceptos.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerdan con estos artículos los 8-11 del título preliminar del Código civil español.

internacional pertenecen también, según la clasificación tradicional, las normas que disciplinan los conflictos en materia de procedimiento o de Derecho penal, si bien, como se ha visto, tales normas sean de Derecho público.

f) *Derecho eclesiástico*.—Una posición especial mantiene el Derecho eclesiástico, o sea el conjunto de normas que regulan las relaciones de la Iglesia y el Estado; por el fin religioso a que tiende, la Iglesia goza de libertad en su organización y en sus funciones y el Estado debe garantizar esta libertad a la Iglesia. Pero la Iglesia no puede obrar en contraposición a los fines del Estado, y de aquí la necesidad de fijar límites y regular la acción conforme a los fines especiales de la Iglesia, que es institución universal y ejercita su función fuera de los confines territoriales, a diferencia del Estado, que está limitado en el ejercicio de sus funciones por los confines del territorio. De la lucha secular que la Iglesia y el Estado han mantenido por el predominio a que ambos poderes, el civil y el eclesiástico, tendían, ha surgido la moderna regulación de las relaciones, consistente en obrar cada uno con entera independencia en sus propias esferas. La fórmula de tal concepción es «Iglesia libre en el Estado libre», que, conciliando las exigencias de ambos poderes, hace posible la pacífica coexistencia de ambos en un ordenamiento estatal inspirado en principios de libertad.

§ 11.—*División del Derecho privado*

Filomusi, Enc. § 43; Brugi, Intr. § 19; Holtzendorff, Enc. I, pág. 343; pág. 891; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 15

El Derecho privado, a diferencia del público, presenta un carácter más unitario; por largo tiempo se concibieron dos subdivisiones, y sólo en época reciente se formuló la única que tiene verdadera importancia: Derecho civil y mercantil. Incorporada definitivamente a la ciencia y a la legislación, que tiene Códigos distintos para ambas ramas, esta distinción—sobre cuya oportunidad y necesidad se han suscitado muchas dudas por aquellos

que quieren unificarlas (1)—se funda en la diversa naturaleza que una misma relación puede ofrecer en razón de la cualidad de la persona, del acto o de los bienes.

Todo el Derecho privado es disciplina de relaciones jurídicas privadas, ya se den entre particulares o entre particulares y las colectividades (personas jurídicas), o de las colectividades entre sí, siempre que éstas obren como personas jurídicas y se despojen de todo carácter público. Estas relaciones múltiples y varias pueden reducirse a dos grupos fundamentales, ya que a dos fines supremos pueden reducirse también los fines del hombre: la procreación y la perpetuación de la especie, por un lado; la explotación del mundo exterior para obtener los medios de subsistencia necesarios, por otro; corresponden al primero las relaciones de familia, al segundo las relativas al patrimonio. En tal concepción se inspiró el jurisconsulto Gayo cuando ensayó por primera vez una construcción orgánica de un sistema de Derecho objetivo dividido en tres partes (I, 8: *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*), abrazando con añadir un tercer miembro (*ius quod ad actiones pertinet*) todo el Derecho procesal. En ella se inspiraron más tarde Justiniano, al ordenar sus Instituciones (§ 12, ins. 12), así como algunos Códigos modernos, que dividieron todo el Derecho privado en normas relativas a las personas y a los bienes y modos de transmisión de éstos (ver los títulos de los tres libros del Código civil francés y del italiano).

Pero, dentro del campo de los citados grupos fundamentales de relaciones, son posibles otras distinciones; es más, se impone al estudiar sistemática y científicamente el Derecho privado. Se dan relaciones en las cuales el particular interviene como miembro de la familia con los demás miembros de la misma (derechos

(1) Ver Vivante *Tratt. di Dir. comm.*, 3.^a ed. I, págs. 1-37 y contra él varios escritores; Vidari, *Corso di Dir. comm.*, 5.^a ed. I, pág. 71 y siguientes 761 y siguientes. No faltan ejemplos prácticos de unificación de ambos ramos: el más notable es el ofrecido por la legislación Suiza en la cual la regulación de las obligaciones civiles y mercantiles se contiene en el Código federal de las obligaciones de 14 de Junio de 1881 (edición revisada en 30 de Marzo de 1911).

de familia) y relaciones que son independientes de la pertenencia a un grupo familiar. No es el hombre sólo, como hemos ya indicado, sujeto de derechos, pudiendo serlo también los entes colectivos, y, además, siendo reconocida al particular la cualidad de persona, se le atribuyen una serie de facultades como derechos inherentes a la personalidad; a esta parte corresponde una rama especial del Derecho privado: el *derecho de las personas*. En las relaciones referentes al patrimonio puede ocurrir, o que el Derecho (en sentido subjetivo) corresponda a la persona directa e inmediatamente sobre la cosa (Derechos reales), o que le corresponda con relación a otra persona, refiriéndose mediatamente a las cosas, en cuanto que alguien sea obligado a dar, hacer o no hacer algo en favor de un determinado sujeto, el cual satisface así un particular interés (derechos de obligación). Y, finalmente, entre los modos de adquisición y transmisión de los bienes, asumen especial importancia los que se operan como consecuencia de la muerte de la persona, esto es, por sucesión a causa de muerte (derechos de sucesión).

Estas son someramente las materias del Derecho privado, o mejor, del Derecho civil.

Una parte de ellas, y en modo especial una parte de las que se refieren a las relaciones patrimoniales, la estudia una especial disciplina: el Derecho mercantil, cuando la relación asume carácter mercantil o las personas ostentan la cualidad de comerciantes.

Donde reside precisamente la distinción de ambos campos, se comprenderá fácilmente cuando se considere que si bien el Derecho civil y mercantil tienen por objeto los bienes y su disfrute, éstos son considerados en la esfera comercial como objetos de especulación económica y como medios para la consecución del lucro, que es esencial a todo acto de comercio. Allí donde el mismo acto que en el caso normal cae bajo la disciplina del Derecho civil, se cumpla con miras a este fin o se realice por un comerciante, adquiere el carácter de acto de comercio y es regulado por las normas especiales del Derecho mercantil. Pero muchos otros hay que revisten por propia naturaleza carácter mercantil y a ellos sólo es aplicable el Derecho mercantil.

Este, surgido como una desviación del Derecho civil y casi como norma de excepción aplicable a la clase de los comerciantes, ha adquirido hoy una completa autonomía e independencia como cuerpo de leyes que regula el ejercicio del comercio.

La causa de la separación fué precisamente la intensificación del tráfico y con ella la necesaria producción de nuevas y complejas relaciones a las cuales se adaptaban mal o no se adaptaban las normas de Derecho civil. Exigían estas relaciones normas menos rígidas y de formas más simples que las contenidas en el Derecho civil, en cuanto que la necesidad de una rápida contratación hacía imposible el uso de solemnidades impracticables en el rápido desenvolvimiento del tráfico y de los cambios; otras, por el contrario, exigían una disciplina más severa y rigurosa para que la buena fe, elemento esencial de la vida mercantil, fuese más eficazmente protegida; instituciones especiales creadas por las necesidades del tráfico y del comercio, como, por ejemplo, la letra de cambio, debían ser reguladas por normas también especiales. A todo esto provee el Derecho mercantil que presupone el civil como regulación general de las relaciones, pero que funciona como Derecho especial respecto del mismo (1) en cuanto que sus normas se actúan en aquel campo particular de la actividad humana que constituye el comercio.

Pero no obstante la separación, el nexo que existe entre las dos ramas del Derecho privado es estrechísimo. Muchas de las normas del Derecho comercial no son, en efecto, como otros muchos han hecho notar, sino derivaciones de las del Derecho civil y adaptación a las exigencias del comercio. Aquellas mismas que surgieron de modo directo y autónomo para la regulación de algunas relaciones mercantiles las cuales no la hallan en el campo del Derecho civil, no se sustraen, sin embargo, al influjo de los conceptos dominantes y principios fundamentales de este último. Y es más: hay preceptos que aunque dictados por la ley mercantil tienen una esfera general de aplicación, como

(1) Ver para un estudio más amplio del Derecho mercantil y de sus relaciones con el civil, Rocco Alf. *Intorno al caratte del Diritto commerciale obiettivo e ai suoi rapporti col. Diritto civile* (Studi per Scialoja, II, página 539 y siguientes).

es, por ejemplo, la regla contenida en el art. 36 del Código de Comercio (1), relativa al modo y al momento en que se perfeccionan los contratos entre personas lejanas, que es disciplina común, tanto para los contratos mercantiles como para los civiles (2).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El Código civil español sigue el sistema del conocimiento de la aceptación (art. 1.262, párrafo 2.º). En el Código de Comercio la perfección del contrato por correspondencia se produce por la sola contestación aceptando la propuesta o exponiendo las condiciones en que se acepta (art. 54).

(2) Omitimos en obsequio a la brevedad otras distinciones del Derecho público y privado: así en el campo del Derecho público la de Derecho financiero y tributario; en el penal; el Derecho penal militar y el penal financiero; en el internacional: el Derecho internacional administrativo y penal; en el mercantil: el marítimo y el cambiario; y con mayor o menor independencia del núcleo de donde proceden el industrial, ferroviario, de seguros sociales, transportes y otros. Algunas de estas ramas ofrecen hoy el carácter de disciplinas autónomas y otras aspiran a adquirirlo.

CAPITULO III

Las fuentes del Derecho objetivo

§ 12.—*Clasificación de las fuentes*

Filomusi, Enc. § 20; Gareis, Enc. § 9; Merkel, Enc. § 102; Gianturco, Sistema I, § 1. Chironi, Ist. I, §§ 5-9 bis; Chironi y Abello, Tratt. I, págs. 22-23; Coviello, Man. I, § 10; Savigny, Sist. I, §§ 6, 8, 15; Regelsberger, Pand. I, § 17.

El Derecho, como producción de la vida social, trae su origen de la voluntad colectiva de las organizaciones estatales y posee el espíritu popular, por virtud del cual la necesidad de las normas jurídicas es universalmente reconocida. «Es el espíritu popular—escribió Savigny (1)—viviente y activo en todos los individuos el que crea el Derecho positivo, el cual por esto, y no por azar, sino necesariamente, se revela único e idéntico a la conciencia de los individuos». Fuente del Derecho objetivo es, pues, la conciencia del pueblo.

Pero ésta es sólo la fuente última y suprema. Por fuentes, en sentido técnico, se entienden las formas en que el Derecho positivo se realiza, los modos cómo las normas de conducta reciben determinación concreta y carácter coactivo.

Dos son las formas en que el Derecho positivo se establece: o por la repetición de actos semejantes realizada de un modo constante y uniforme por el pueblo y con la convicción de su necesidad jurídica (costumbre), o por la emanación de un precepto universal de parte de los órganos del Estado investidos con la misión legislativa (ley).

(1) Sist. I, pág. 43.

A esta distinción entre ley y costumbre se suele igualar la de la terminología romana de Derecho escrito y no escrito. El significado moderno de la distinción entre Derecho escrito y no escrito, es profundamente diverso de aquel que los romanos asignaron a la diferenciación de *ius ex scripto* y *ius ex non scripto* fundado en la simple observación de la apariencia exterior de la norma y derivada de la que los griegos señalaron a los νόμοι ἔγγραφοι y los νόμοι ἄγραφοι (1). En el *ius ex scriptum* se comprendían, a más de la ley los *Senatus consulta, magistratum edicta responsa prudentium*, y sólo en el período justiniano el *ius scriptum* se identifica con la ley y el *non scriptum* (o, por mejor decir, el *ius ex non scripto*) con la costumbre (2). No es la forma exterior lo que, según la moderna doctrina determina en el Derecho su condición de escrito o no escrito; puede haber una costumbre o un grupo de costumbres que se haya reducido a forma escrita sin que esto transforme su naturaleza o autorice a atribuir a otras fuentes las normas relativas.

Otros distinguen entre fuentes mediatas e inmediatas incluyendo entre las primeras la ley y entre las segundas las costumbres, a las cuales añaden algunos la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la equidad.

Cierto que hay que tener en cuenta que la importancia de la costumbre ha disminuído en los Estados modernos, puesto que normalmente la facultad de dictar preceptos obligatorios corresponde a la autoridad soberana, ya que a la costumbre no se le reconoce valor de norma sino en cuanto el Estado expresamente se lo atribuye y, por tanto, debe considerarse sólo mediatamente como fuente del Derecho; tiene funciones subsidiarias a las legales, aplicándose sólo cuando ésta lo prescriba, ya sea porque falte un precepto legislativo aplicable al caso a que la costumbre se refiere, ya derogando un precepto legal por el

(1) Ulpiano fr. 6, § 1, D. I. 1, *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto ut apud groecos τῶν νόμων ἄμὲν ἔννεσοι ἐοῦδ᾽ ἔσνεσοι.*

(2) Inst. I, 2. Ver sobre la doctrina romana clásica y justiniana, Marenti, *Ius ex scripto et ius ex non scripto* (*Studi per Mariani* I, pág. 211 y siguientes).

respeto debido a los usos locales, que son mejores que el precepto legal para regular una determinada materia.

Fuera de la costumbre, no es posible admitir en el ordenamiento actual otra fuente de Derecho mediata o indirecta. No es tal la equidad que se reduce a una suavización o templanza de la norma; no lo son los principios generales en cuanto se consideren éstos como dictados por la razón o por el Derecho ideal o natural; sí lo son si se consideran como tales los de un determinado sistema de Derecho positivo vigente, porque entonces son leyes por estar contenidos implícitamente en el sistema y derivar directamente del conjunto de normas; ni, finalmente, la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*, por cuanto por mucha que sea la autoridad de la cosa juzgada jamás tendrá el valor de una norma obligatoria y universal, y sólo puede tener eficacia para encauzar al legislador por el camino de reformas e innovaciones, del mismo modo que ocurre con la ciencia del Derecho.

Muy íntimamente ligado con el que estudiamos está un problema—sumamente discutido por los autores—a propósito de la teoría de las fuentes, sobre la interpretación y aplicación del Derecho: si puede el juez crear normas jurídicas y si en su función interpretativa no hay que ver una cierta actividad creadora de Derecho. El problema adquiere un particular relieve frente a otra cuestión: si existen lagunas en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, si en el caso que éstas lleguen a admitirse se reconoce al juez—al cual incumbe la obligación de resolver todas las controversias sometidas a su decisión y le está prohibido el rehusar decidirlas a pretexto de silencio, obscuridad, contradicción, e insuficiencia de las leyes—el poder crear la norma para el caso concreto cuando no la halle en la ley (1).

(1) Ver Stampe, *Rechtsfindung durch Interessenwägung* (*Deutsche Juristenzeitung*, X, 1905, páginas 7-17); *Gesetz und Richtermacht*, página 1.018; Kantorowicz (*Cicero Ilarius*) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* Heidelberg, 1906, pág. 41; Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du Droit civil*, París 1904, páginas 19-39, el cual observa que por el art. 4 del Código civil francés, el Juez es autorizado a crear la norma en caso de laguna; y otros autores cuyas doctrinas son reputadas por Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuri-*

Hay algunos que reconocen una tal actividad creadora, aun cuando no exista laguna (1), pero estas doctrinas no son admisibles.

Conviene tener presente que el Juez no tiene más facultad que la de aplicar las leyes existentes, no de modificarlas, aunque parezcan anticuadas o inadecuadas a la regulación de una determinada relación y mucho menos de crearlas. Cuando una norma particular no se halle en la legislación, deberá deducirla recurriendo a la analogía o a los principios generales de las otras normas dictadas por el legislador o del sistema positivo vigente, en el cual debe considerarse implícitamente contenida. Ahora bien; cuando el Juez no realice esta operación lógica de investigación o cuando desconociendo la norma existente aplique una contraria no contenida en la legislación, este acto no puede dar lugar a la creación de normas jurídicas nuevas ni ser, por tanto, fuente de Derecho. La norma jurídica (legal o consuetudinaria) tiene como carácter fundamental el de ser universal y tener eficacia general, puesto que el caso previsto por el legislador es siempre un tipo ideal, abstracto, y tanto más perfecto será el arte legislativo cuanto más se prescindiera en su formulación de los casos concretos que se tienen presentes por el legislador, al dictar el precepto, de modo que éste resulte tan amplio que abrace todos los casos futuros. Al contrario, el caso que el Juez resuelve, aun cuando aplique una norma por él creada, es siempre un caso particular; en la regulación del mismo se agota toda su función; su sentencia no tiene eficacia sino para el caso concreto que decidió. Tal sentencia, como no obliga a los demás Jueces, tampoco obliga al Juez mismo que la ha dictado, siendo libre para variar en casos idénticos la solución dada al primero.

Si existen en nuestro Derecho positivo hipótesis excepciona-

dico, Milán 1910, pág. 175 y siguientes. Ver contra la presunta función creadora del Juez y en defensa del método tradicional de interpretación: Ferrara. *Poleri del legislatore e funzione del giudice*, Riv. di Dir. civ. III, 911, pág. 49 y siguientes.

(1) Ver Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre* Leipzig, 1904, I. pág. 138; Wurzel, *Das juristischen Denken*, Wien 1904, pág. 42, y otros; ver también Donati, op. cit., pág. 187 y siguientes.



les en las cuales se confiera al Juez una potestad creadora de normas, es cuestión que no debe aquí ser discutida; según mi opinión, debe resolverse negativamente, porque aun cuando por estar el caso disciplinado de modo incompleto por la norma sea conferida al Juez la facultad de disciplinarlo más completamente, la regulación concreta es querida por la ley misma y, además, no da origen a una norma general y obligatoria por la facultad que siempre se reserva al Juez de aplicar una diversa a casos idénticos.

§ 13.—*La costumbre*

Filomusi, Enc. §§ 21-22; Holtzendorff, Enc. I, págs. 302, 444, 777, 896; Brugi, Ist. § 2; Pacifici, Ist. pág. 16; Gianturco, Sist. I, § 3; Chironi, Ist. I, § 9; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 47; Coviello, Man. I, §§ 16-19; Crome, Par gen. § 7; Savigny, Sist. I, §§ 12-18 y Ap. II, pág. 417; Windscheid, Pand. I, §§ 15-18 y Fadda y Bensa, id página 112; Regelsberger, Pand. I, §§ 18-23.

La costumbre es la forma espontánea de constitución del Derecho, mientras la ley es su forma reflexiva. Históricamente es también la primera y exclusiva fuente de las normas jurídicas.

Puede definirse «observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica» (1).

Elementos.—Dos son, por tanto, los elementos constitutivos de la norma consuetudinaria:

(1) Notables sobre la costumbre son las obras de Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828-1837; Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col Diritto e colla legislazione*, Perugia 1877; Schuppe *Das Gewohnheitsrecht* Breslan, 1890; Sturm, *Revisión der gemeinrechtlichen Lehre von Gewohnheitsrecht*, Leipzig, 1900; ver también el artículo de Bonfante, *Per una revisione della teoria della consuetudine* (Riv. di Dir. comm. 1904, II, 1, pág. 274 y siguientes), escrito a propósito de la obra de Lambert, *La fonction du Droit civil comparé*, I, París 1903; ver también Anderssen, *Das Gewohnheitsrecht*, (*Zeitschr für das Privat. und öffentl. Recht*, XXXVII, 1910, pág. 337 y siguientes).

a) Uno externo, representado por la serie de actos semejantes, uniformes y constantemente repetidos. Lo que significa que respecto a una determinada relación los miembros de la comunidad deben comportarse idénticamente.

Para que se dé una tal serie, precisa: 1.º, que en los actos haya *uniformidad*, no pudiendo, de actos desemejantes, deducirse la existencia de una práctica cierta y capaz de servir de fundamento a la norma jurídica; 2.º, que la repetición de actos sea constante y no interrumpida, porque sólo de una serie constante puede deducirse la existencia de una norma de conducta, mientras que toda otra práctica que no revista tal carácter no podría, por su condición transitoria, ser la base de una regla de Derecho; 3.º, que la práctica constante y uniforme sea *general*, no ya en el sentido de un uso extendido a todo el territorio del Estado o a toda una región (muchas costumbres son locales), sino en el de que dentro del ámbito más o menos amplio en que impere la norma consuetudinaria tales actos sean realizados por la generalidad y no por algunos miembros solamente (ya sea esta generalidad absoluta si se trata de costumbre que rija para toda la comunidad, o ya generalidad de una clase determinada si se trata de costumbre particular a aquéllas).

De la necesidad de una práctica constante y uniforme se deduce, lógicamente, que debe tener una cierta duración en el tiempo; pero no debe deducirse la exigencia de un cuarto requisito que, como quieren algunos escritores, sería un tiempo más o menos largo. La *inveterata consuetudo*, es solamente una especie, y, ciertamente, la de más autoridad, pero al lado de costumbres que tienen un origen muy antiguo, pueden existir y existen costumbres de formación reciente; ni el Derecho actual prescribe una determinada duración del uso como hizo, por ejemplo, el Derecho canónico que aplicó a la costumbre los términos de la prescripción exigiendo, según la doctrina común un término de diez años para la costumbre *proeter legem*, y el de cuarenta, para la *contra legem*.

b) Otro elemento es interno y consiste en la convicción jurídica en la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica (*opinio iuris et necessitatis*). Fué

la Escuela histórica la que puso de relieve la importancia de tal elemento. Consiste en el convencimiento de la necesidad de la norma y de su obligatoriedad. De los dos elementos surge el Derecho consuetudinario, y, en el segundo, se basa su obligatoriedad.

Si la *opinio iuris* implica, por tanto, la convicción de que obrando del modo que el uso exige, se adapta a la regla de Derecho, es evidente que no todos los usos darán lugar a normas de Derecho consuetudinario. Quedan excluidos los actos que no son regulados por el Derecho y que, no obstante, repetidos de modo uniforme y constante, darán lugar a normas de otro orden de moral, de educación, de etiqueta, etc. Pero entre los usos referentes a materias jurídicas, los hay que no crean derecho y son estos los *usos de hecho* (es decir, no jurídicos) los usos *técnicos* los *interpretativos*, y, en general, los que suelen designarse con el nombre de *práctica de los negocios*. Un uso constante y uniforme, practicado por dos personas en orden a ciertas relaciones jurídicas, un hábito de larga duración, una serie constante de actos de tolerancia, podrán producir efectos jurídicos y tener valor para la interpretación de la voluntad de aquéllos que cuando contratan suelen practicarlos en sus negocios, pero no producirán jamás normas de Derecho objetivo, porque tales actos se cumplen sin el convencimiento de que responden a una necesidad jurídica, sin la *opinio* (1).

Valor.—Cual sea el valor que deba atribuirse a la costumbre, es problema que debe resolverse en cada ordenamiento jurídico, según la esfera más o menos amplia de eficacia que le sea reconocida, frente a la legislación. Primitivamente ejerce una influencia decisiva como fuente del Derecho objetivo; cuando la legislación adquiere mayor importancia, se le equipara, se le considera como fuente autónoma y paralela, no menos importante, pero apenas la producción legislativa toma mayor incremento y el Estado se adjudica el poder de dictar preceptos jurídicos, bien pronto cede el campo y resulta vencida.

(1) Ver, con relación a los usos y prácticas mercantiles, Vivante, *Diritto commerciale*, I, § 6, pág. 64 y siguientes.

Así sucede en la historia del Derecho de Roma, donde durante bastante tiempo prevaleció sobre la costumbre el Derecho creado por los comicios populares, Senado, Magistrados, Emperadores; así también en los tiempos modernos en que la codificación ha relegado a último término el valor de la costumbre. Esto explica por qué tenga un valor desigual en las distintas ramas del Derecho (1).

Es mínimo, por ejemplo, en el Derecho civil, en el que no puede recurrirse a la costumbre, sino en los casos determinados por la ley y cuando se trata de usos locales, de materias de limitada importancia (ver Código civil, artículos 487, 489, 506, 1.124, 1.505, etc.) (2), mientras que toda otra costumbre, no explícitamente reconocida en su vigencia y existente al tiempo de la publicación del Código civil, resulta privada de eficacia por el artículo 48 (3) de las disposiciones transitorias (4). Bastante mayor es su valor en algunos campos del Derecho público, sobre todo en el constitucional (5), ya que las instituciones jurídicas son más incompletamente reguladas por las normas legales y muchas de ellas se hallan en estado de formación o de transformación, como por ejemplo, todas aquellas en que predomina el carácter político. Si por el contrario en el Derecho mercantil se reserva una amplia esfera a la costumbre, y en cambio en otras ramas del Derecho público como en el penal, no es admisible la costumbre, es consecuencia de la naturaleza especial de la materia a que la ley

(1) Miceli, *La forza obbligatoria d. cons. nelle sue basi sociali e giur.*, ugia, 1899.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. —Concuerdan sustancialmente con los artículos 485, 504, 1.258 y 1.496 del Código civil español. Tan solo discrepan en que en el 504 del español se señala de un modo absoluto la obligación del usufructuario de pagar las cargas y contribuciones anuales y de las que se consideren gravamen de los frutos, prescindiendo del criterio seguido en el 506 del italiano donde esta obligación por lo que se refiere a las cargas que gravan los frutos se determina por la costumbre.

(3) Id.—Igual derogación contiene la disposición final del Código civil español (art. 1.976).

(4) Degni, *L'autorita del Dir consuet nella legis civ. ital* (St. per Fadde IV, pág. 203 y siguientes).

(5) Ver Longo, *Della consuetudine come fonte del Diritto pubblico costituzionale e amministrativo*, Palermo, 1892; Orlando: *Le fonti del Diritto amministrativo* (Tratt. compl. di Diritto amministrativo, I).

mercantil se refiere y de los principios propios del Derecho penal. En el tráfico, en el comercio, tienen gran importancia los usos de los comerciantes y las costumbres locales, las cuales por su variedad resulta difícil reducirlas a unidad; de modo que si bien aquí la ley mercantil predomina sobre la costumbre, faltando tal ley, se aplican con preferencia la ley civil, los usos mercantiles locales o generales (Código de Comercio, art. 1.º) (1). En el Derecho penal, por el contrario, impera el principio que no puede haber delito ni pena sin ley que los determine (Código penal, art. 1.º (2) y nunca por costumbre podría transformarse en delito un acto ilícito y la pena conminada en la ley transformarse en otra más grave o más leve.

Especies.—En sus relaciones con la ley, distínguense tres especies: *consuetudo secundum, proeter, contra legem*. Es *contra legem* la que introduce una norma nueva y contraria a la disposición legislativa, lo que puede suceder en dos formas diversas. La costumbre puede introducir una norma contraria o diversa a la contenida en la ley u ocasionar la desaplicación de la ley por medio del *desuso*. Ambas formas conducen, sin embargo, a un mismo resultado: el desuso. En efecto, por la introducción de una norma diversa, no puede quedar derogada la contenida en la ley mientras que cuando por desuso cae un precepto legal no puede substituir a éste otro consuetudinario contrario. *Praeter legem* es aquella que funciona como fuente supletoria en lo que la ley no disponga. Más delicado es el concepto de la *c. secundum legem*, cuya definición oscila entre ideas diversas; mientras algunas designan como tal la costumbre, que es conforme a la ley y representa su interpretación y aplicación uniforme, para otros, *secundum legem* es sólo aquella norma que no está en la ley y que sólo adquiere valor y eficacia, porque la ley recurre a ella.

De esta oscilación en el tercer significado, derivan las discusiones de los escritores acerca de la exactitud y conveniencia

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. —Corresponde al art. 2.º del Código de Comercio español.

(2) Id. —Este artículo coincide esencialmente con el primero del Código penal español; pero la afirmación de los principios *nullum crimen nulla pena sine lege* que en uno y otro se contienen resulta más enérgica y clara en el Código italiano.

de la tripartición. Hay quien niega a la *secundum legem* el valor de norma en cuanto que si ella no es más que aplicación uniforme de la ley (primera acepción), no puede ser una norma nueva y si es tal, porque la ley recurre a ella (2.º sentido) su fuerza obligatoria deriva directamente de la ley. Las especies de costumbres se reducirían a dos: *praeter* y *contra legem*. Otros reducen a dos los tipos de costumbres, *secundum* y *contra legem*, en cuanto que, debiendo considerarse el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y completo por la norma general y exclusiva que le sirve de base, todos los casos no previstos en las disposiciones de la ley van comprendidos en esa norma general y no serían susceptibles de regulación supletoria por parte del Derecho consuetudinario (1).

Nosotros consideramos que las tres especies de costumbre sean abstractamente posibles y positivamente existentes, salvo el valor que a cada una deba atribuirse en cada sistema de Derecho positivo. La *secundum legem* en el primer sentido, no da lugar, es cierto, a una norma propiamente dicha, porque no lo es la aplicación uniforme de otra norma; pero en cuanto determina el modo de actuarse el precepto legislativo, bien puede considerarse como norma de ejecución no contenida en la ley. Entendida en la segunda acepción como norma que recibe eficacia por el reconocimiento legislativo, es verdadera y propia norma nueva, porque no es la ley la que regula la relación, sino la costumbre y es cuestión diversa la de que un cierto sistema legislativo autorice el recurso a la costumbre.

De otra parte contra la costumbre *proeter legem* (en la cual más directamente se manifiesta la eficacia del uso como verdadera y propia norma) no es argumentación sólida la de decir que, puesto que todo caso es regulado por normas legales particulares o por la general y exclusiva que cierra y completa el ordenamiento jurídico, una costumbre que no sea *secundum legem*, no puede concebirse, sino como *contra legem*. A la norma general y exclusiva se debe recurrir sólo cuando una norma particular, ya sea legal, ya de Derecho consuetudinario, no exista, puesto que

(1) Donati, *Il problema delle lecune*, pág. 143 y siguientes.

el ordenamiento jurídico resulta del conjunto de todas las normas legales y consuetudinarias. Y si las instituciones públicas de un Estado no lo prohíben expresa o tácitamente bien puede reconocerse a la costumbre valor de fuente autónoma y concurrente, si bien con carácter subsidiario del Derecho escrito.

Si del campo teórico y general pasamos a estudiar la costumbre en el ordenamiento nuestro, bien diverso es el juicio que debe emitirse sobre las dos especies de costumbre *praeter* y *contra legem*.

A una costumbre *praeter legem*, como fuente independiente, aunque subsidiaria del Derecho escrito, no podría reconocerse ningún valor en el ordenamiento constitucional italiano, que con la división de poderes sólo a los órganos legislativos atribuye la facultad de dictar normas obligatorias. En su función subsidiaria, la costumbre no tiene valor (al menos para el Derecho privado), sino cuando la ley autorice el recurrir a ella y le atribuya poder normativo. Pero con esto se convierte en costumbre *secundum legem* y su fuerza obligatoria deriva directamente del precepto legislativo. Toda otra costumbre que, no siendo aquélla a la que el legislador autoriza, añada algo a la ley no, tiene virtud obligatoria.

Y lo mismo para la costumbre *contra legem*, a la cual no se reconoce eficacia en el Derecho vigente, puesto que no se admite la derogación de una ley por desuso. La razón radica, no ya en el precepto del art. 5.º (I) de las disposiciones preliminares, el cual declara que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, porque podría concebirse pudiera formarse una costumbre que derogase tal precepto, sino en los preceptos constitucionales por los cuales, como se ha dicho, sólo a los órganos legislativos y con la observancia de las formas constitucionalmente fijadas, es conferida la facultad de crear Derecho. Si en otros campos que no sean los del Derecho privado y más precisamente en el del Derecho constitucional sea posible una costumbre *contra legem*, es cuestión muy discutida. Varios artículos del Estatuto, artículos 1, 28, 76, 77, no hallan aplicación y otros (25, 53) se

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase el art. 5.º del Código civil español.

modifican en parte, lo que se explica por algunos escritores como efecto de una costumbre contraria; otros, en cambio, explican tal derogación total o parcial, como efecto de leyes posteriores sobre la misma materia (1).

Prueba.—En cuanto a la existencia de la norma consuetudinaria, surge la cuestión de si debe ser probada por quien la invoca, y en qué forma. Creemos errónea la opinión de aquellos (2) que, considerando la costumbre como un hecho (que el Juez no tiene obligación de conocer), creen que debe probarse por la parte que invoca su aplicación.

La costumbre en los límites —en que se le reconoce eficacia— es verdadero y propio Derecho y todo el Derecho constituido debe ser conocido y aplicado por el Juez, sin que tenga que ser probado por las partes. Este principio no se deroga, sino en el caso en que la costumbre alegada por uno sea contestada en su existencia o modalidades por el adversario. Cuando en tal hipótesis el Juez no posea «aliunde» elementos suficientes para comprobar su existencia de modo seguro; o su correspondencia con la invocada, podrá poner a cargo de quien la invoca la carga de la prueba, que podrá ser testifical o documental; lo cual se deriva de la naturaleza de la norma, que no estando consignada por escrito escapa al conocimiento de aquellos extraños al lugar de su vigencia y ofrece frecuentemente incertidumbres en sus particulares modalidades.

§ 14.—*La ley. Decretos y Reglamentos*

Filomusi, Enc. §§ 24-26; Holtzendorff, Enc. I, págs. 301, 441, 566, 776; II, págs. 592-639; Brugi, Ist. § 2; Pacifici, Ist. I, págs. 39-57; Gianturco, Sist. I, §§ 2, 5; Chironi Ist. I, §§ 6-7; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 24; Coviello, Man. I, §§ 11, 15, 21; Crome, Par. gen. § 6; Savigny, Sist. I, § 13; Windscheid, Pand. I, § 14; Fadda y Bensa, ob. cit., pág. 107; Regelsberger, Pand. I, § 18.

Llámase ley toda norma fijada por los órganos de soberanía, a los cuales, según la constitución política del Estado correspon-

(1) Ver Filomusi, Enc. pág. 111, núm. 2.

(2) Bianchi, *Principii generali delle leggi*, Turin, 1888, núm. 32; Landucci en Auby et Rau. Dir. civ., Turin, 1900, I, pág. 212.

de la facultad de dictar el Derecho. Y puesto que, según la Constitución del reino (art. 3.º), tal poder es conferido a las Asambleas legislativas y al jefe del Estado, conjuntamente, ley en el Derecho positivo italiano es toda norma jurídica aprobada por la Cámara y el Senado y sancionada por el Rey (1) (2).

En verdad, toda decisión de las Asambleas provista de la sanción soberana, es formalmente una ley, pero no hay que olvidar que no todas las decisiones o determinaciones contienen un precepto jurídico; así ocurre, por ejemplo, con las leyes que aprueban concesiones hechas a los particulares, las que confieren la ciudadanía, con los presupuesto del Estado. La definición que hemos dado se refiere a las leyes que crean Derecho objetivo y que se llaman *substanciales* para distinguirlas de las demás llamadas *formales*.

Cuál sea el procedimiento a que se somete una proposición para que se transforme en ley, quién pueda hacerla, cómo se forma la ley, son materias de las que no debemos ocuparnos aquí por corresponder al Derecho constitucional. Hay que observar solamente que la aprobación de las Asambleas debe regularse por las normas preestablecidas en la Constitución y por las contenidas en los Reglamentos que disciplinan el procedimiento en ambas Cámaras; que la sanción soberana es acto realizado por el Rey en el ejercicio de la función legislativa.

Pero con la sanción soberana, la ley no es aun ejecutiva ni obligatoria para los ciudadanos; ambas cualidades las adquiere mediante dos actos ulteriores, la *promulgación* y la *publicación* (3).

(1) Ver Saredo, *Trattato delle leggi*, Florencia 1886; Anschütz, *Die gegenwartigen Theorieu über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt*, 1900; Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione ed interpretazione delle leggi*, Turín, 1908.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Otro tanto puede decirse del Derecho positivo español. El art. 18 de la Constitución de la Monarquía española promulgada en 30 de Junio de 1876, dispone que la potestad de hacer las leyes, reside en las Cortes con el Rey. Las Cortes se componen de dos Cuerpos Colegisladores, iguales en facultades: el Senado y el Congreso de los Diputados (art. 19). Así, pues, sólo serán verdaderas leyes las normas jurídicas aprobadas por el Congreso y el Senado y sancionadas por el Rey.

(3) Ver Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes ius formellen und materiellen Suis*, 1886.

El primero es también acto del Soberano y se distingue de la sanción en cuanto que éste es acto realizado por el Rey como Jefe del Poder ejecutivo y consiste en la afirmación de la existencia de la ley y en la orden de que sea ejecutado (1). Prácticamente los dos actos se dan simultáneamente, pero esto, no obstante, se pueden distinguir, y teóricamente uno precede al otro como resulta del texto de la fórmula dada por la ley de 23 de Junio de 1854 en su art. 1.º: «El Senado y la Cámara de los Diputados han aprobado y Nos sancionado y promulgado...», que expresa claramente la separación y la sucesión de ambos actos.

De los cuales, mientras el uno (sanción), puede ser rehusado, precisamente porque el Soberano, como miembro del Poder legislativo, tiene la facultad y no la obligación de prestar su asentimiento a las deliberaciones de ambas Cámaras, el otro (la promulgación) no puede ser negado, implicando su cumplimiento un deber del Soberano, ni puede ser aplazado hasta la apertura de las sesiones parlamentarias inmediatamente sucesivas a aquélla en que la ley fué votada (ley citada, art. 3.º). El segundo (2), consiste en dar a conocer el contenido de la ley a los que deben prestarle obediencia; y varios fueron en el pasado los medios adoptados por las diversas legislaciones para conseguir este fin (anuncio al pueblo reunido expresamente, inscripción del texto en bronce o mármol y su exposición en un lugar público, impresión del mismo y su difusión por medio de ejemplares, etc.). Por lo que respecta al Derecho italiano, la publicación se realiza mediante la inserción de las leyes en la Colección oficial de leyes y Decretos, anunciando tal inserción en la *Gaceta* oficial del Reino (Disposición preliminar al Código civil, artículo 1.º) (3). De ello deriva que el anuncio en la *Gaceta* debiera

(1) Armani, *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi*. (*Riv. it per le. Sc. giur*, X, 1890, pág. 35 y siguientes).

(2) Ver Zanobini, *La pubblicazione delle leggi ud Diritto italiano*, Turín, 1917.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerda con el art. 1.º del Código civil español. Existe, sin embargo, una diferencia que justifica el comentario que hace el autor al precepto citado del Código italiano y que no tiene aplicación al español. El párrafo 2.º del art. 1.º del Código italiano, afir-

seguir a la inserción en la Colección y que no hay necesidad de una reproducción íntegra del texto en la *Gaceta*. Pero en la práctica, esté artículo se aplica diversamente; no es un anuncio lo que se publica en la *Gaceta*, sino el texto íntegro de la disposición y esta publicación precede a la que se hace en la Colección, en la cual, por una circular ministerial del 30 de Junio de 1874 se prescribió que debía indicarse la fecha de la publicación en la *Gaceta* (1). Esto, sin embargo, no destruye la relación que existe entre ambos momentos en orden al transcurso del término para la entrada en vigor de la ley, ya que como la publicación no es perfecta, si no se realiza la doble inversión, el término para su entrada en vigor comienza a contarse siempre a partir de la fecha de la *Gaceta*; y si existe discordancia entre las fechas de ambas Colecciones, es decisiva siempre la de esta última (ley de 23 de Junio de 1854, art. 5.º) (2).

Fin de la publicación es dar a conocer a los ciudadanos y a los funcionarios el texto legal, y para conseguirlo se considera

ma que la publicación consiste en la inserción de la ley en la Colección oficial de leyes y decretos y en el anuncio de esta inserción en la *Gaceta* oficial del Reino. En cambio en el párrafo 2.º del art. 1.º de nuestro Código, se exige expresamente la inserción de la ley en la *Gaceta*, consistiendo, por consiguiente, la diferencia en que mientras en este se requiere la inserción de la misma ley, en el italiano únicamente se prescribe el anuncio de haber sido hecha la inserción en la Colección oficial de leyes y decretos.

(1) Las disposiciones principales referentes a la publicación e impresión de nuestras leyes son la disposición de 22 de Diciembre de 1832 que instituyó las *Actas del Gobierno del Rey de Cerdeña*, la de 29 de Marzo de 1836 sobre la impresión de tales actas, la ley de 23 de Junio de 1854, la de 21 de Abril de 1861, el Real decreto de 21 de Abril de 1861 que estableció la *Colección oficial de leyes y decretos*, el Real decreto de 19 de Diciembre de 1890 sobre la numeración de las actas, el Real decreto de 11 de Junio de 1908 sobre la impresión y distribución de las ediciones oficiales. Un Real decreto de 28 de Diciembre de 1909 que entró en vigor el 1.º de Enero de 1911, ha recogido todas estas disposiciones y aprobado el Reglamento para la inserción y publicación de las leyes y decretos en la Colección y para su conservación.

(2) Si la discordancia no es de fechas sino de textos, prevalece el publicado en la Colección porque en ésta solamente debe publicarse íntegramente según el art. 1.º de la disposición preliminar. Ver Filomasi, Enc., pág. 83, núm. 2.

como necesario dejar un lapso de tiempo entre la publicación y la vigencia de la ley (*vacatio legis*). Y también para esto han sido adoptados varios sistemas; uno de ellos (sistema sucesivo) consiste en graduar el período de la *vacatio* en proporción a la mayor distancia de las diversas regiones del territorio del Estado del lugar en que la publicación se ha efectuado; este se sigue, por ejemplo, en Francia (Código civil francés, art. 1.º), si bien con algunas modificaciones introducidas por un Decreto-ley del 5 de Noviembre de 1870 (la ley es ejecutiva en toda circunscripción con el intervalo de un día libre desde la fecha en que llegó a la capitalidad la copia del *Diario oficial* (1); el otro, más simple (sistema sincrónico o instantáneo), consiste en fijar un período único de vacación discretamente calculado, el cual, al expirar, hace que la ley adquiera obligatoriedad a un mismo tiempo en todo el territorio del Estado. Este es el que rige en la legislación italiana (art. 1.º, disposición preliminar), la cual fija tal período para todo el reino en quince días, que se calculan incluyendo en el cómputo el de la publicación; de modo que el día 16, a partir de la fecha de publicación, la ley entra en vigor (2) (3). Pero el mismo artículo primero admite la posibilidad de que el legislador prescriba en ocasiones un término más largo o más breve, y no es insólito el caso de leyes que entraron en vigor después de varios meses (como ocurrió con el Código civil), o viceversa, inmediatamente después del acto de su publicación (como ocurrió con las leyes del candado y como ha ocurrido también con toda la legislación extraordinaria en los años de la guerra europea (1915-1919), para las cuales la *vacatio* fué suprimida, ha-

(1) *Trait. elem de Droit civil*, I, pág. 71, núm. 170.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—En España se sigue también el sistema sincrónico, obligando las leyes —en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de Africa sujetos a la legislación peninsular— a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa (art. 1.º del Código civil). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que esta disposición no es aplicable a las leyes de Presupuestos, que entran en vigor el primer día del año económico a que se contraen; ni a las permisivas que rigen desde su promulgación.

(3) Si no se computa el día de la publicación, el término de vacación es de catorce días la ley publicada el 1.º de mes, vaca los catorce días siguientes y entra en vigor el décimosexto.

ciéndose entrar en vigor los Decretos lugartenenciales y reales el mismo día de su publicación en la *Gaceta*.

Realizados los predichos actos, y transcurrido el término para su entrada en vigor, la ley es obligatoria para todos, no solamente para los ciudadanos, sino también para los extranjeros, con respecto a aquellas relaciones que, según los principios en materia de conflictos de leyes en el espacio, se someten a la ley territorial, con preferencia sobre la personal, y no sólo para los ciudadanos residentes en el reino, sino también para los que se hallan en el extranjero, con respecto a aquellas relaciones que, a tenor de los mismos principios, están sometidos a la ley personal.

Enlazando este efecto de la obligatoriedad al hecho de la publicación, y considerando el fin al cual ésta tiende, o sea, el de dar a conocer el texto legal, la gran mayoría de los escritores afirma que de la publicación surge una presunción legal contra la cual no se admite la prueba contraria (*praesumptio iuris et de iure*), la presunción de que la ley es conocida de todos, de modo que ninguno podría substraerse a su observancia alegando su ignorancia.

A esta doctrina se refiere el conocido aforismo *nemo censetur ignorare legem*, sobre el cual se funda otro: la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento (*error vel ignorantia iuris non excusat*), cuya fórmula se remonta a las fuentes del Derecho romano (ver. fr. 4, 9, pr. D. 22. 6, etc.).

Se advierte fácilmente que esa presunción general de conocimiento carece de fundamento, al menos en el estado actual de la legislación, ya que la base de toda presunción es que el hecho que se presume corresponda a lo que normalmente sucede, y es innegable que el hecho normal es más bien la ignorancia del Derecho por parte de la generalidad de los ciudadanos, los cuales, en el enorme laberinto de leyes dictadas sin interrupción, no pueden, no ya conocerlas todas, sino ni siquiera una pequeña parte de ellas.

Teniendo en cuenta esta consideración, muchos hablan, más que de presunción, de ficción legal; por la necesidad social de que nadie eluda el cumplimiento de la ley, se finge que con el

hecho de la publicación nadie ignora sus preceptos, impidiendo así que se alegue su ignorancia.

Sin embargo, el error o la ignorancia del Derecho es admitida en algún caso; determinadas categorías de personas, como menores, militares, labradores, mujeres, estaban dispensadas en el Derecho romano de conocerlo por causa de la edad, del alejamiento, de la rusticidad o del sexo (fr. 19. pr. D. 22. 6; 9 § 1 D; 8 C. 6. 9, etc.); se puede invocar el error en el Derecho civil cuando en él radica la causa única o principal del contrato (artículo 1.109) (1), o cuando se trata de buena fe, la cual no es excluída si descansa en un error de derecho (artículos 116, 703, 1.146, 2.137) (2). ¿Deja de tener vigor en estos casos la presunción o la ficción? Justamente se ha dicho que la cuestión de la obligatoriedad de las leyes es cuestión bien distinta de la que se refiere a su ignorancia, como causa de error o de excusa (3). La obligación de someterse a las leyes es independiente del conocimiento de las mismas; es suprema exigencia del ordenamiento la de que todos los sometidos se atemperen a ella, y esta obligación deriva de un precepto positivo y absoluto que, aunque no esté escrito, se halla contenido necesariamente en toda legislación. No existe una presunción de conocimiento, ni es necesaria para que la ley resulte obligatoria para todos, puesto que lo es en virtud de ese precepto.

Y si a ninguno puede ser consentido el eludir la observancia de la ley, so pretexto de ignorancia de la misma, nada impide que en un acto jurídico, ejecutado bajo el imperio de un error de derecho por ignorancia de sus disposiciones, se puedan rechazar las consecuencias de tal error, o que se pueda exigir la tutela de la buena fe basada en el mismo. Y es sólo en tal senti-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase el 1.266 del Código español, pero en él no se habla, como en el italiano, de error de derecho.

(2) Id.—Concuerdan: el 116 con el 69, el 703 con el 451, el 1.146 con el 1.899 y el 2.137 con el 1.957 del Código civil español.

(3) Coviello, *Ignoranza o errore diritto* (Antología Giuridica, X, 1.ª página 10 y siguientes, Riv. crit. di Dir. e giuris, II, 1904, pág. 65 y siguientes) ver Adber: *Die We-kungen des Rechts irrthums* (Iahrb, l. d. Dogm., XXXIII, pág. 150 y siguientes).

do en el que la ignorancia del Derecho o el error se admiten como excusa.

Por otra parte, si teóricamente el concepto de la presunción, reducida, como se ha visto, a una mera ficción, se debe rechazar, no puede afirmarse que sea por completo extraña a la legislación positiva. Se refería a ello el Derecho romano, puesto que—al menos en los tiempos primitivos de la vida restringida de la *civitas*, cuando el pueblo participaba de un modo directo en la formación del Derecho, mediante los comicios, y todo el Derecho era el de los *pater familias*, llamados precisamente a crearlo—no era contrario a la realidad el suponer que los miembros de la comunidad lo conocieren; en él se inspiró también el legislador francés, el cual, en el art. 1.º del Código civil, declara que, transcurridos los términos fijados después de la publicación, la promulgación (y, por tanto, la ley) «se reputa conocida en la circunscripción», ni fué tampoco diverso el concepto del legislador italiano, que sufrió el influjo de la tradición antigua; sin embargo, la fórmula del artículo primero de las disposiciones preliminares no contiene referencia alguna a la presunción, limitándose a declarar que las leyes son obligatorias en el décimoquinto día (1).

La facultad de dictar normas corresponde al Poder legislativo, que la ejerce mediante sus órganos. Pero hay que observar, de una parte, que el ejercicio de esta facultad puede ser conferido a un poder que no sea el legislativo, y de otra, qué normas obligatorias pueden ser dictadas por otros poderes del Estado y, además, por entes menores políticos y administrativos que, dentro del Estado y bajo la tutela del mismo, desenvuelven la propia actividad.

Cuando el Poder legislativo confía al ejecutivo la facultad de dictar preceptos en su nombre, tenemos una *delegación* de poder, la cual determina que las normas emanadas del Gobierno tengan

(1) Ver sobre el asunto y sobre el valor de los dos aforismos del Derecho romano y del moderno de Ruggiero, *Nemo censetur ignorare legem* (*Dix Prat si Dir. priv.*) Dereux, *Etude critique de l'adage. Nul n'est censé ignorer la loi* (Rev. Trim. de Derecho civil, VI, 1907, página 503 y siguientes).

la misma virtud que la ley, si bien aquellas que proceden del Poder ejecutivo reciban el nombre de *decretos*. Varios son los motivos que provocan la delegación, pero, sobre todo, motivos de urgencia, necesidad de confiar a los cuerpos técnicos la formación de normas o la de coordinar las diferentes disposiciones de un texto legislativo, exteriormente imperfecto, cuando ha sido aprobado en las Cámaras, o recoger en un texto único diferentes leyes sobre una misma materia; casos los dos últimos que, sustancialmente, difieren de los anteriores, puesto que a formar la ley intervino directamente el Poder legislativo, y la delegación limita la facultad del Poder ejecutivo a obra meramente externa y formal. Aun cuando se trate de delegación plena, hay que advertir que el Poder ejecutivo, al dictar la norma, no puede salir de los límites que le ha asignado la ley de delegación: toda norma que no respetare tales límites sería inconstitucional y desprovista de eficacia (1).

(1) Muchos son los ejemplos de leyes delegadas en nuestra historia constitucional, el más conspicuo lo ofrece la abundante legislación de guerra, años 1915-1919. En virtud de la ley de delegación de 22 de Mayo de 1915, fué dictado durante la guerra un infinito número de decretos lugartenenciales y reales, que dada la amplísima fórmula de delegación del Poder legislativo al Gobierno (para cuanto sea exigido por la defensa del Estado, tutela del orden público y urgentes y extraordinarias necesidades de la economía nacional) se ha extendido a todos los ramos del Derecho público y privado. Es dudoso que todas las disposiciones dictadas en virtud de poderes extraordinarios quepan en la ley de delegación; para muchos es discutible su constitucionalidad. La cuestión más grave es la relativa a la duración de estas leyes de guerra; cuestión difícil de resolver, ya que el Gobierno señaló a muchas preventivamente un plazo de duración y a otras omitió el asignarles tiempo de vigencia. A más de leyes delegadas ha habido también Decretos-leyes, es decir, leyes dictadas por el Poder ejecutivo sin delegación por razones de urgencia y por ello la legislación de guerra ofrece graves dudas en cuanto a su vigencia después de aquella.

La materia fué objeto de estudio por parte de una comisión, cuyos resultados se consignan en las relaciones de Vassalli, *Sul termine di durata in vigore dei decreti emanati in forza della legge 22 maggio 1915* (*Riv. di Dir. comm.* 1919, I, pág. 477 y siguientes) de Galgano, *Contributi alle dottrina delle delegazioni legislature* (*Riv. di Dir. civ.*, XII, 1920, pág. 1 y siguientes). Es indudable que cuando el término fué señalado con el trans-

Independientemente del caso de delegación, el Gobierno posee, como hemos dicho, una facultad propia de dictar normas generales y obligatorias, y en el más estrecho campo de la propia circunscripción territorial, la misma facultad poseen los entes menores autárquicos (1).

Las normas dictadas por el Gobierno se llaman Decretos y Reglamentos, y la facultad de dictarlas conferida al Rey, como Jefe del Poder ejecutivo, por el art. 5.º de la Constitución (y en caso de ausencia o impedimento del Rey a su lugarteniente), es,

curso de éste, cesó la vigencia de las normas; pero la duda surge con respecto a aquellas disposiciones que no contienen término expreso o tácito de duración. Segré opina que en tal caso debe atribuírseles duración indefinida y que, por tanto, los Decretos rigen aún después de la guerra, ya que en esta época subsisten aún las razones que las provocaron. Según otros, y esta es la tesis más exacta, los Decretos extinguen su vigencia al terminarse la guerra en cuanto que la misma ley de delegación contiene en sí implícito el concepto de una limitada duración de las leyes emanadas por efecto de la delegación (ver Segré, Riv. di Dir. comm., 1919, I, pág. 496). Pero esto no es aplicable a todos los Decretos por haber algunos (entre los delegados) de naturaleza permanente (ver Galgano, obra citada, pág. 42).

Por el contrario, los Decretos-leyes dictados por el Gobierno sin delegación gozan (siempre que no tengan un término de duración) de duración ilimitada salvo la cuestión de la constitucionalidad de este poder extraordinario del Gobierno para legislar en casos de urgencia sin necesidad de una precedente delegación. Otra cuestión es la de en qué momento debe considerarse transcurrido el término de la norma cuando el Decreto contenga la fórmula: *Cesación de guerra, Conclusión de la paz, Durante la guerra, etc.* En parte y relativamente a los Decretos que suspendieron términos o concedieron prórrogas (Decreto-ley de 23 y 27 de Mayo de 1915) el Decreto-ley de 2 de Mayo de 1920, declara que los nuevos términos vencen el quinto día a partir de la publicación de dicho Decreto.

Sobre los precedentes históricos de la delegación legislativa, ver el estudio de Galgano que trata a fondo la cuestión ocupándose también del Derecho extranjero en una sucesiva monografía (Riv. di Dir. civ., XII, 1920, pág. 105 y siguientes).

(1) Ver Jellineck, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, 1886; Codacci-Pisanelli, *Lefge e regolamento* (*Scritti di Dir. pubbl. Città di Castello*, 1900, página 3 y siguientes); Cammeo, *Le manifestazioni di volonta dello Stato*; Orlando, *Tratt. di Dir. ammin.*, 1901, III, pág. 1 y siguientes.

por regla general, limitada a la necesidad de disposiciones indispensables para dar ejecución a las leyes. De esto deriva que las normas de ejecución no pueden jamás contradecir las de la ley, de modo que el Reglamento que restringiese o ampliase su alcance, o que en algún modo se opusiese a ellas, sería ilegal e ineficaz; en segundo lugar, que no puede en nuestro ordenamiento reconocerse al Jefe del Estado el derecho que otras legislaciones (por ejemplo, la prusiana) le conceden de dictar «ordenanzas de urgencia», normas que tienen valor de leyes que modifican o suspenden provisionalmente las leyes vigentes por razones de pública necesidad.

Sin embargo, en la práctica se ha ejercido por el Gobierno este poder que la Constitución no le reconoce, invocando en su justificación la necesidad y la urgencia improrrogables de proveer con normas nuevas y excepcionales a una necesidad extraordinaria, sobre todo en momentos de peligro. Son éstos los llamados Decretos-leyes, actos del Poder ejecutivo que, sin delegación de parte del Poder legislativo, crean normas de Derecho y cuya conversión en leyes pide luego el Gobierno al Parlamento, cuando no se limite a pedir simplemente un *bill* de indemnidad. Por regla general, contienen una cláusula que compromete al Gobierno a presentarlos a la aprobación del Parlamento, y cuando tal aprobación es rehusada, no sólo tienen carácter ilegal, sino que ocasiona en el Gobierno una tan grave responsabilidad que no puede serle consentido el que prosiga ejerciendo el poder.

No es éste el lugar a propósito de ocuparse de los precedentes de tal práctica ni de buscar su fundamento jurídico (1). A nuestro parecer, tal facultad es ilegal e inconstitucional por lo dispuesto en el art. 6.º de la Constitución, que prohíbe taxativamente el suspender la observancia de las leyes o dispensar de

(1) Ver Codacci-Pisanelli, *Sulle ordinanze d'urgenza* (*Scritti di Dir. pubbl.*, pág. 77 y siguientes) y mejor en la *Relaz.* de 31 de Diciembre de 1924, el proyecto de ley para la conversión en leyes de más de 2.000 decretos dictados en los últimos años. *Alti. parl. Sess.*, 1924 cam. Dep. doc., número 46, A. Cammeo, *Le manif. di volonta dello Stato*, pág. 192; Orlando, *Principii di Dir. cost.*, 4.ª ed., Florencia 1905, pág. 223.

ésta. Ni trastornos políticos pueden justificarla cuando (como ocurre en los Decretos que declaran el estado de guerra) cesan las garantías constitucionales (1). Pueden apenas justificarse con ocasión de calamidades públicas y cuando sus preceptos no atentan a las libertades civiles o políticas de los ciudadanos, sino que, por el contrario, miran a ofrecer ayuda y alivio a las poblaciones que las sufren, eximiéndolas de la observancia de las leyes y suministrando excepcionalmente normas provisionales que se adaptan mejor que las comunes a un estado de cosas excepcional y transitorio (2) (3).

(1) Un ejemplo notable lo constituye el Decreto de 22 de Junio de 1889 que proclamó en Milán el estado de guerra a causa de los disturbios populares que suscitó vivas protestas y no obtuvo nunca la aprobación del Parlamento. Otro más reciente ofrece el Decreto que lo proclamaba en las provincias de Reggio y de Messina, como consecuencia del terremoto de 28 de Diciembre de 1908 y para el que no fué pedida siquiera la conversión en ley. El no haber este hallado oposición en la opinión pública, no debe interpretarse como síntoma del reconocimiento de su legalidad.

(2) A tal categoría pertenecen muchos Decretos-leyes dictados para el terremoto siciliano-calabrés. De estos algunos fueron dictados por delegación legislativa (conferida por el art. 6.º de la ley de 12 de Enero de 1909) otros precedentemente a ésta y, por tanto, sin delegación, pero fueron sometidos a la aprobación parlamentaria que la concedió por el artículo 13 de la citada ley. No se incluyen naturalmente los demás dictados por el Poder ejecutivo en el ejercicio de sus ordinarias facultades. También se ha recurrido por el Gobierno a los Decretos-leyes durante y después de la última guerra, cuando se consideró que no bastaban los poderes conferidos en la ley de delegación de 22 de Mayo de 1915 o cuando ésta perdió su vigencia; y sucesivamente el número ha aumentado tanto, que después de haber *convertido* una ley de 15 de Octubre de 1923 una gran parte un proyecto de ley de 30 de Mayo de 1924 ha propuesto la conversión en bloque de otros 2.376 Decretos. Esta conversión podría constituir otro gravísimo atentado a los principios constitucionales si no hubiese sido declarado que el Parlamento la concede únicamente para superar las dificultades prácticas del procedimiento parlamentario que impondría otras tantas leyes de conversión.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—En España también ha tenido realidad esta modalidad legislativa; y desde el 13 de Septiembre de 1923, en que tuvo lugar el golpe de Estado del general Primo de Rivera, hoy jefe del Gobierno y entonces Capitán general de Cataluña - disueltas las Cortes y en suspenso su función legislativa - el Decreto-ley es la única manifestación de elaboración directa de normas del Derecho público y privado.

Finalmente, la facultad de dictar normas corresponde a los entes menores autárquicos, como las provincias y los Municipios, en los límites en que tal poder y autonomía le son reconocidos por el Estado, y para las materias que tengan importancia local y regional cuya tutela y regulación les está encomendada. Son éstas los Reglamentos provinciales y municipales, que se refieren a normas de higiene, construcción, policía, uso de bienes comunales o provinciales, exacción de impuestos locales, etc. Es superfluo añadir que ellos no pueden tener valor si no se observan las formas prescritas; que son ineficaces si contravienen a las normas generales que rigen en todo el territorio del Estado; que su obligatoriedad no se extiende más allá de los confines territoriales de la circunscripción en la que el ente autárquico ejerce sus funciones.

No tienen el mismo valor las demás normas que el Estado, las Provincias y los Municipios dictan para dar instrucciones a los funcionarios administrativos (circulares, notas, instrucciones). Obligan sólo a estos y a los que dependen de éstos en orden jerárquico no a los ciudadanos a los cuales el precepto no va dirigido, y ni siquiera los funcionarios estarían obligados a observarlas si fueran contrarias a las leyes.

Cuando la ley o el Reglamento reúnan los citados requisitos, las normas contenidas en ellos deben aplicarse por el Juez a todas las relaciones que comprendan y se prohíbe toda investigación sobre su intrínseca bondad en obsequio del principio de la división de poderes, por el cual el Magistrado debe juzgar *secundum leges* y nunca *de legibus*.

Le es permitido y hasta obligado el indagar la existencia efectiva de la norma. Pero ahora surge la cuestión de los límites de la potestad del Juez, relativamente a esta indagación ya que si para las leyes la promulgación es la afirmación de la existencia de la norma, parece que no debe consentirse una actuación que implique una duda con respecto a aquella afirmación (1). Sin embargo, tal facultad corresponde, sin duda, a la autoridad

(1) Así piensan Laband, *Staatsrecht*, II, pág. 43 y siguientes, Sellmeck *Gesetz und Verordnung*, págs. 339 y 404.

judicial, la cual es llamada a aplicar las leyes existentes, no aquellas que por falta de los requisitos exigidos no hayan alcanzado obligatoriedad. A este fin tiene el Juez el poder de indagar si el texto legal promulgado y publicado ha sido realmente votado en el Parlamento, es decir, si en su confección han intervenido los tres órganos constitucionalmente investidos del Poder legislativo; pero tal indagación no puede extenderse al modo como en el interior de las Asambleas se haya desenvuelto el procedimiento para la discusión y votación (*interna corporis*), debe limitarse a la comprobación de si ha sido proclamado el voto favorable por los Presidentes de las Asambleas porque de toda cuestión relativa al procedimiento interno es Juez soberano la Asamblea misma. La cuestión puede tener práctica importancia en el caso de discordancia del texto legal aprobado por el Parlamento y el sancionado por el Rey o entre el votado en la Cámara de los Diputados y el votado en el Senado (1). Es esta la llamada intervención en la existencia *formal* de la ley que se extiende a los Reglamentos en cuanto se propone averiguar si han sido o no cumplidas las formalidades prescritas.

Al lado de ésta existe otra intervención en la existencia *material* que implica un juicio de mérito en la autoridad judicial. No tiene lugar respecto a las verdaderas y propias leyes porque ello implicaría una valuación del contenido intrínseco de la norma legal. Se aplica: a) a las leyes dictadas por delegación en cuanto debe admitirse tal intervención para saber si el Poder ejecutivo se ha mantenido dentro de los límites de la delegación al dictar las normas y para declarar su inconstitucionalidad e ineficacia si se ha extralimitado, porque en tal caso hay violación de la ley de delegación (según otros, por el contrario, la investiga-

(1) Un ejemplo ha quedado célebre en la legislación italiana, la ley de 30 de Mayo de 1878 en materia de consumos, cuyo texto, votado por el Senado, establecía una tasa superior al del votado por la C. de los D. La cuestión de la inconstitucionalidad de la ley, no fué resuelta judicialmente. Ver Gabba, *Foro it.*, 1886, I, pág. 705 y siguientes; Armani, *Foro ital.*, 1890, I, pág. 1.105 y siguientes; Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.*, I, páginas 107 y siguientes.

ción corresponde exclusivamente al Parlamento) (1); b) a las ordenanzas de urgencia donde se admita la facultad del Poder ejecutivo de dictarlas, para comprobar si se ha producido aquel estado de necesidad y de improrrogabilidad que han producido la excepcional providencia, otros niegan tal fiscalización o la reservan también a las Asambleas legislativas (2); c) a los Reglamentos en cuanto tiende a comprobar si sus disposiciones se conforman a las legales (ver ley de 20 de Marzo de 1865 sobre lo contencioso-administrativo, art. 5.º) y si la materia que regulan no es de la competencia del Poder legislativo.

§ 15.—*La codificación*

Filomusi, Enc. § 29; Brugi, Inst. §§ 38-39; Pacifici, Ist. I, pág. 521 y siguientes; Gianturco, Sist. I, pág. 7 y siguientes; Schupfer, Man. di St. Dir. it.; Le fonti, pág. 572 y siguientes; Saliroli, Tratt. di St. Dir. it. 6.ª edic., Nápoles 1908, pág. 164 y siguientes (3).

El fenómeno de la codificación, de la reducción a unidad

(1) Ver Fadda y Bensa, ob. cit., pág. 111. En este sentido también la jurisprudencia. Ver también Pacifici, *Ist.*, I, pág. 45 y siguientes.

(2) Ver Mortara, *Comm. al. cod. di proc. civ.*, I, núm. 86 y siguientes. Para quien, como nosotros, no admite la legalidad del Decreto-ley aun concurriendo los motivos de urgencia y necesidad, este caso de fiscalización por parte de la autoridad judicial desaparece; se tratará simplemente de fiscalización acerca de la existencia formal de la norma, porque convencido el Juez de que la norma no procede del Poder legislativo, rehusará aplicarla al caso concreto y no deberá juzgar del mérito. Ver Cammeo op. cit., pág. 192 y siguientes y Venci en Pacifici, *Ist.*, I, págs. 58-59.

(3) Muchas obras sobre la codificación serán citadas al hablar de la interpretación. Recuérdense entre otras, Filomusi, *La codificación civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Roma, 1887; Behrend, *Die mueren Privatrechts codificationen*, en Holtzendorff, Enc., 1890, pág. 291 y siguientes; Roguin, *Observ. sur la codif. des lois civ.*, (Rec. de la Jac de Lausanne, 1906 Gaudemed, *Les codif. recentes et l'ev. du code civil* (en la obra *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, París 1904, II, pág. 967 y siguientes); Alvarez, *Une nouvelle conception des etudes juridiques et de la codif. du Droit civil*, París 1904. Para conocer particularmente las legislaciones europeas y de guerra de Europa, ver Amand, *Aperçu de l'etat actuel des legislations civiles de l'Europe, de l'Amerique... avec indication des Sources bibliographiques*, 2.ª edic., París 1908.

orgánica de todas las normas vigentes en un determinado momento histórico de un pueblo mediante la publicación de cuerpos de Derecho o Códigos que recojan modificando o innovando profundamente todo el Derecho de un Estado o ramas del mismo, se repite tan frecuentemente en la historia de la cultura humana que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica. Varias son las causas que dan lugar a ello: la necesidad de simplificar y ordenar las múltiples reglas jurídicas esparcidas en leyes diversas y contenidas en costumbres o usos diversos; la necesidad de unificar las varias legislaciones imperantes en el territorio de un mismo Estado, sobre todo cuando sigue a un movimiento de unificación política; la necesidad de introducir radicales reformas por el nuevo aspecto que ofrezca una sociedad a consecuencia de una revolución social. Muchas causas contribuyen a la codificación. Así sucedió en la Edad Antigua cuando después de grandes perturbaciones sociales en Grecia y Roma la legislación solónica y la decenviral dieron al pueblo un cuerpo de leyes nuevas y cuando al final del ciclo evolutivo de Roma Justiniano realizaba con la compilación de los *jura* y de las *leges* un proyecto que ya otros habían concebido antes que él, pero que no habían conseguido cumplirlo ni siquiera iniciarlo. Así sucedió en la Edad Moderna a fines del siglo XVIII y en los albores del XIX, cuando en Europa se produjo un gran movimiento a favor de la codificación que trascendió a los países transoceánicos. La necesidad de recoger los miembros de una legislación farragosa y de unificar el Derecho de las distintas regiones, regidas unas por el Derecho escrito y otras por el consuetudinario (*Droit contumier*) integrado por una serie infinita de costumbres locales o generales, en las cuales aun a los juristas resultaba difícil hallar la norma para aplicarla al caso concreto, y el gran movimiento social producido por la revolución francesa con la proclamación de nuevos principios y la supresión completa de los ordenamientos jurídicos anteriores, fué la causa compleja que impuso en Francia la codificación de 1804. La necesidad de crear una legislación única que hiciese más fuerte la unidad política, provocó la codificación de 1865 en Italia y la posterior del Imperio germánico; la necesidad de simplificar el Derecho, deter-

minó la codificación prusiana de 1794, la austriaca de 1811, la Sajona de 1863 y finalmente el espíritu de imitación, y el buen resultado del Código francés indujo a los demás Estados de Europa y América (solo Inglaterra y los Estados Unidos han resistido hasta hoy) a adoptar Códigos nacionales de leyes.

Cualquiera que sea la causa inmediata y particular en cada uno de los Estados, lo cierto es que el movimiento codificador se debe a las doctrinas filosóficas del siglo XVIII y fué preparado por la Escuela del Derecho natural.

El momento decisivo es en torno a los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX, cuando vinieron publicados tres Códigos civiles de Prusia, Francia y Austria que constituyeron tres modelos de legislaciones civiles modernas. Pero los intentos empezaron mucho antes y en esto no fué Italia inferior a las demás naciones de Europa.

Entre los primeros en satisfacer esta necesidad vivamente sentida, no sólo por el pueblo sino también por los Jueces y Abogados, fué Víctor Amadeo II que en 1723 publicó una colección de «Leyes y Constituciones de Su Majestad» modificada en 1729, revisada y adicionada con el apéndice de las leyes nuevas en 1770 por Carlos Manuel III.

Siguiendo este ejemplo se hicieron varias tentativas para codificar todo el Derecho vigente por el gran duque Francisco de Lorena, en Toscana en 1745 y por Carlos III de Borbón en Nápoles en 1741, pero no se llegó a resultados positivos. Tampoco tuvo éxito la codificación de María Teresa de Austria en 1753 para el Derecho civil austriaco; los proyectos de colecciones y de Códigos o no se llevaron a término o no fueron aprobados.

El éxito acompañó, sin embargo, al mandato conferido por Francisco III de Este, Duque de Módena, a una comisión, la que en 1771 redactó un «Código de leyes y constituciones de Su Alteza Serenísima». Poco antes había tenido en Baviera un feliz resultado la publicación del *Codex Maximilianeus Bararicus civiles* (*Bayrisches Landrecht*).

La verdadera obra de la codificación moderna consistente en la recolección en un cuerpo único de las leyes y costumbres vigentes con grandes y radicales innovaciones, se produjo con la

nueva legislación que se actuó bajo el impulso de causas históricas y sociales diversas con pocos años de diferencia en Prusia, en Francia y en Austria.

El propósito de María Teresa, proseguido por José II y por Leopoldo II, en cuyo tiempo se redactaron dos proyectos de Código, fué llevado a término mediante un tercer proyecto del año 1811 en que fué publicado el *Código civil general austriaco* (1). Prusia tenía ya un Código propio con la publicación en el año 1794 del *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. En tiempo intermedio Francia codificaba su Derecho civil cuando la sociedad estaba aún agitada por las convulsiones revolucionarias.

A diferencia del Código bávaro, que había dejado subsistir como subsidiario el Derecho romano, las tres nuevas legislaciones formadas bajo la influencia directa de la escuela del Derecho natural habrían privado a aquel de todo valor y autoridad, como fuente del Derecho; y llegaron aún más allá el Código francés y el austriaco, pues mientras el prusiano mantenía en vigor los derechos particulares y provinciales conservando el Derecho estatutario, el consuetudinario y el Espejo de Sajonia, asumiendo por tanto, frente a estas fuentes la función de Derecho subsidiario, aquellos tuvieron carácter de legislación exclusiva porque fuera de ellos no fué admitida fuente alguna.

La codificación que más que otra alguna se señaló en la nueva corriente y sirvió para dar un impulso vigoroso al movimiento en toda Europa, fué la de Francia (2).

(1) Para la historia de la compilación y sus vicisitudes, ver Menestrina, *Nel centenario del Código civil gen austriaco* (*Riv. di Dir. civ.*, III, 1911 página 808 y siguientes). Véase además la publicación conmemorativa hecha en Austria con ocasión del centenario *Festschrift zum jahrhundertgeier der allg. Burg., Gesetzbuches, 1.º de Juni de 1911*, Viena 1911, en dos volúmenes conteniendo escritos de Klein, Adler, Koschembar-Lyskowski Mayr, Wenger, Schey, sobre el valor y vicisitudes históricas de este Código en los principios e instituciones acogidos en él.

(2) Sobre la historia del Código civil francés ver Aubry et Rau *Cours de Dr. civ. fr.*, I, § 8 y siguientes, pág. 19 y siguientes, Planiol, *Tr. elem. de Dr. civ.*, I, núm. 60 y siguientes, pág. 23 y siguientes; Zachariae-Crome, *Man. di Dir. civ. fr.*, I, § 5 y siguientes, pág. 29 y siguientes; Crome, *Par.*

Comenzada al día siguiente de la revolución la nueva legislación civil francesa, surgía de mano del primer Cónsul, inspirada en los principios de los nuevos tiempos y tanto más robusta y vital cuanto que sus compiladores habían sabido prescindir de las viejas ideas y de los antiguos ordenamientos. El influjo que ella ejerció fué tan grande que muchos de los Códigos posteriores la tomaron como modelo; entre ellos el nuestro, que se enlaza directamente con el Código de Napoleón a través de los Códigos de los ex-Estados italianos y constituye una copia fiel del mismo (1).

Acordado por la Asamblea constituyente de 1791 la necesidad de elaborar un Código de leyes civiles comunes a todo el reino, el mandato de llevarlo a cabo fué conferido por la Convención a Cambaceres, quien el 9 de Agosto de 1793 presentaba, en nombre de la Junta de legislación, un primer proyecto de 695 artículos elaborados en un sólo mes, que era el plazo que se le había asignado. El proyecto fué rechazado por parecer excesivamente moderado. No alcanzaron mejor suerte dos proyectos presentados por el mismo, uno del 23 de fructidor del año II y otro en 24 de pradiel del año IV, si bien algunos artículos fueron votados. Peor suerte tuvo aún un cuarto proyecto compilado por Jacqueminot en el año VIII que no fué ni siquiera examinado.

La grande obra debía realizarse por Bonaparte. El 13 de Agosto de 1800, el primer Cónsul nombraba una comisión compuesta de cuatro miembros (Tronchet, Bigot du Prémeneu, Portalis y Malleville), confiándole el encargo de componer el Código; en cuatro meses fué preparado y sometido al examen de la Casación y de los Tribunales de apelación que propusieron muchas modificaciones. El procedimiento para la votación y aprobación del texto definitivo, a pesar de su complicación y de que

gen, I. §§ 2-3 pág. 8 y siguientes. Para los trabajos preparatorios del mismo, Jenet, *Recueil complet des travaux prepar. du Code civ.*, París 1827-28; Locré, *Legislation civile commerciale et criminelle de la France*, París 1827-32.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Otro tanto puede decirse del Código español en cuya elaboración se tuvo también en cuenta el Código italiano.

las oposiciones del Tribunado hubieran provocado el momentáneo abandono de todo el proyecto, se desarrolló con gran rapidez gracias a la energía de Napoleón. Correspondiendo al *Conseil d'Etat* (80 miembros) discutir los proyectos de ley y a la *Section de legislation* el prepararlos, al *Tribunado* (100 miembros) expresar su opinión sobre la aceptabilidad de los mismos sin facultad de proponer enmiendas, al *Corps législatif* (300 miembros) el votarlos sin facultad de discutirlos, cada título debía ser primero examinado por la sección de legislación del Consejo de Estado, llevarse después a la Asamblea general y de ella pasar a la sección para las ulteriores modificaciones. Sobre el texto así enmendado y presentado al Cuerpo legislativo, debía ser oído el Tribunado que emitía su opinión favorable o desfavorable y encargaba a tres oradores la defensa de su parecer ante el Cuerpo legislativo al que correspondía en definitiva la aprobación o desaprobarción del proyecto.

Cuando por las oposiciones del Tribunado el primer título fué rechazado por el Cuerpo legislativo e igual suerte esperaba al segundo, el primer Cónsul, al que correspondía la iniciativa de las leyes, con mensaje de 3 de Enero de 1802 retiraba todos los proyectos. Modificaba la composición del Tribunado reduciendo sus miembros a 50 y relevaba del cargo a sus adversarios; e introduciendo el sistema de comunicar preventivamente y por vía oficiosa al Tribunado los proyectos preparados por el Consejo de Estado para hacer posible la introducción de las modificaciones reclamadas por aquél, se emprendió de nuevo la obra, y en un solo año (Marzo de 1803 a Marzo de 1804) fueron discutidas y aprobadas 36 leyes distintas, que fueron luego, con la de 21 de Marzo de 1804, reunidas bajo la denominación de *Code civil des français* y quedando simultáneamente derogado todo el antiguo Derecho o sea el Derecho romano, las ordenanzas reales, las costumbres generales o locales, los Estatutos y los Reglamentos.

Dos sucesivas ediciones fueron hechas, una por la ley de 3 de Septiembre de 1807 que lo ponía en armonía con el nuevo régimen imperial y le dió el nombre de *Code Napoléon*; la otra con ordenanza de 17 de Julio de 1816, que substituyó las expresiones

que recordaban el régimen imperial por las equivalentes del real; la carta de 1814 la había poco antes restituido su antiguo nombre. De nuevo se le asignó el de *Code Napoléon* con el Decreto de 27-30 de Marzo de 1852 que no ha sufrido cambio posterior a pesar de las transformaciones políticas de Francia.

Cual sea el valor de esta obra legislativa (1) de que con razón tanto se vanagloriaba Napoleón por la parte activa que había tomado en su preparación (son dignas de mención las palabras que pronunció en Santa Elena: «Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas... Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente, es mi Código civil, son las actas del Consejo de Estado»), no es aquí lugar a propósito para discutirlo. Contiene virtudes y defectos, pero bastante más de las primeras que de los últimos por la claridad de la redacción, por la precisión y carácter general de sus normas, que evitan con cuidado todo particularismo excesivo y son por ello susceptibles de ulterior desenvolvimiento por parte de la jurisprudencia, y, sobre todo, por su carácter marcadamente práctico que aborrece todo doctrinarismo en lo que se distingue profundamente del Código civil para el imperio germánico publicado un siglo más tarde (2).

De su valor son prueba, sobre todos, dos hechos: que prescindiendo de los países en los cuales por su incorporación a

(1) Ver a este propósito, Auby et Rau, *Cours de Dr. civ. fr.*, I, § 16, página 58 y siguientes, Planiol, *Man. elem.*, I, núm. 87 y siguientes, página 31 y siguientes; Zachariae-Crome, *Man.* I, § 14, pág. 46 y siguientes; Sorel, *Introduction al Livre du centenaire*, I, pág. 15 y siguientes; Esmein, *L'originalité du Code civil (ibid.)*, I, pág. 5 y siguientes). En el mismo volumen I del *Livre du centenaire* hay varios artículos que valúan la disciplina dada por el *Code civil* a varias instituciones en materia de conflictos de leyes (Weiss, pág. 249 y siguientes), de derechos de familia (Lerebours Pigeomiere, pág. 265 y siguientes), de sucesiones (Colin, pág. 295 y siguientes), de propiedad (Terrat, pág. 329 y siguientes), de propiedad colectiva (Sosserand, pág. 357 y siguientes) crédito y régimen hipotecario, (De Loynes, pág. 383 y siguientes, Gonillard, pág. 415 y siguientes), etc.

(2) Sobre las relaciones entre ambos Códigos, ver entre otros, Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français (Livre du centenaire)*, II, pág. 587 y siguiente) y Barre, *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, 2.^a ed., París 1899.

Francia fué introducido como ley vigente (1), sirvió de modelo a un gran número de Estados de Europa y América cuando se determinaron a codificar su Derecho civil (2), algunos Estados la adoptaron tal y como es (3); y que, si bien modificado por

(1) Así, por ejemplo, en Holanda, en la Prusia renana (orilla izquierda, en los países hauseáticos), en el Gran Ducado de Berg, en Bélgica, en Luxemburgo, en Italia y en otras regiones; ver Zachariae-Crome, obra cit., I, § 11, págs. 38 y siguientes; Crome, Par. gen., § 2, págs. 9 y siguientes; Planiol, ob. cit., I, núm. 138, págs. 53 y siguientes. Sobre la introducción del mismo en Italia ver más adelante.

(2) En él se inspiran también la mayor parte de los Códigos de América Central y del Sur, como, por ejemplo, el de Bolivia (18 de Noviembre de 1845), Perú (28 de Julio de 1852), Chile (1.º de Enero de 1857), Uruguay (1.º de Enero de 1869), Méjico (1.º de Marzo de 1871), Argentina (1.º de Enero de 1873), Venezuela (27 de Febrero de 1873), Colombia (26 de Mayo de 1873), Guatemala (1877), Honduras (27 de Agosto de 1880), Salvador (10 de Noviembre de 1880), Costa Rica (1.º de Enero de 1888) y luego los de Mónaco (1.º de Enero de 1885), Neerlandes (1.º de Octubre de 1838), el rumano (4 de Diciembre de 1864), el de las islas Sonia (1.º de Mayo de 1841), el del bajo Canadá (1.º de Agosto de 1866), el español (2 de Julio de 1889), muchos de los Códigos de los cantones suizos occidentales y meridionales (Vaud, 1819; Tesino, 1837; Friburgo, 1849; Valais, 1853; Neuchatel, 1854-1855), y hasta el primer proyecto de Código civil japonés, que en las modificaciones posteriores ha sufrido el influjo de otros Derechos europeos, particularmente del germánico (el Código se ha publicado por partes y en momentos distintos). Sobre la historia, muy interesante, de su formación y de los caracteres que lo distinguen, puede verse un profundo trabajo del Profesor Hozumi, de la Universidad de Tokio, *Il nuovo Codice civile giapponese quale materiale per lo studio del Diritto comparato*, en la *Riv. di Dir. civ.*, II, 1910, págs. 338 y siguientes. Los Códigos de los demás cantones suizos se inspiran en el de Zurich (1.º de Diciembre de 1885) o en el austriaco (Lucerna, 1831-39; Solothurn, 1842-48; Aargau, 1847-55), sobre el cual está modelado el Código servio (25 de Marzo de 1844).

(3) Así, por ejemplo, en Westfalia (1.º de Enero de 1808), Hanover (1810), Grandes ducados de Frankfort (1.º de Enero de 1811), de Baden (1.º de Enero de 1810), Nassau (Enero de 1811), Nápoles (1.º de Enero de 1808), en el cantón suizo de Ginebra y en parte en el de Berna.

Sobre el influjo que ha ejercido el Código de Napoleón en Europa y fuera de Europa, véanse los estudios de Müller, *Le Code en Allemagne. Son influence generale sier le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans* (*Livre du centenaire*, II, pág. 627); Hausens, *Le Code civil en Belgique* (*ibid.*, págs. 681 y siguientes); Arminjou, *Le Code civil et l'Egypte*

una larguísima serie de leyes dictadas desde su publicación (1), aun después de un siglo se manifiesta como obra vital y capaz —en virtud, a decir verdad, de la libertad que la jurisprudencia francesa ha venido adquiriendo con el tiempo— para gobernar una sociedad transformada radicalmente y que no guarda semejanza alguna con la de principios del siglo XIX, y para disciplinar una serie de relaciones jurídicas creadas por las nuevas necesidades y que hace un siglo no eran sospechadas siquiera (2).

(*ibid.*, págs. 735 y siguientes); Mignaut, *Le Code civil au Canada* (*ibid.*, páginas 725 y siguientes); Goraï, *Influence du Code. civ. fr. sur le Japon* (*ibid.*, págs. 781 y siguientes); Ruppert, *Modif. apportées au Code civil dans le G. D. de Luxemburg* (*ibid.*, págs. 793 y siguientes); De Rolland, *Le Code civil de 1804 dans le Prin. c. du Monaco* (*ibid.*, pág. 807); Asser, *Le Code civil dans les Pays Bas* (*ibid.*, págs. 817 y siguientes); Diss escou *L'influence du C. civ. fr. en Rumania* (*ibid.*, págs. 849 y siguientes); Martín, *Le Code civil dans le canton de Geneve. Son influence dans le reste de la Suisse Romande* (*ibid.*, págs. 875 y siguientes).

(1) El índice o lista de las leyes que han completado o modificado el Código civil hasta 1895, puede leerse en Aubry et Rau, *Cours*, I, § 13, páginas 28 y siguientes; ver Planiol, *Traité*, I, núm. 101 y siguientes, páginas 38 y siguientes. Para el período de 1900 en adelante, que ofrece una gran actividad legislativa y que ha introducido grandes modificaciones en el Derecho civil, ver los últimos informes de Wahl, *La legislazione civile in Francia dal 1900 al 1908* (*Riv. di Dir. civ.*, I, 1909, págs. 795 y siguientes); en 1909 (*ib.* II, 1910, págs. 403 y siguientes); en 1910 (*ib.* III, 1911, págs. 395 y siguientes); en 1911 (*ib.* IV, 1912, págs. 235 y siguientes); en 1912 (*ib.* V, 1913, págs. 336 y siguientes); y para la legislación civil de guerra (*ib.* VII, 1915, págs. 211 y siguientes; VIII, 1916, págs. 149 y siguientes; IX, 1917, págs. 180 y siguientes; XI, 1919, págs. 321 y siguientes).

(2) Basta reflexionar para citar sólo algún ejemplo que, sin necesidad de reformas legislativas, la jurisprudencia francesa ha conseguido crear y organizar sobre la base del principio de la estipulación en favor de terceros (art. 1.121) toda la teoría del contrato del seguro de vida (ver Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurispr.*, *Livre du centenaire*, I, págs. 515 y siguientes) y sobre un sólo artículo, el que declara responsable al autor del hecho dañoso (artículo 1.382), edificar toda la teoría del riesgo profesional, suavizar la prohibición demasiado rígida de la investigación de la paternidad, introducir limitaciones al ejercicio de la libre competencia (ver Saleilles, *Le Code civil et la metode histhorique*, en el *Livre du centenaire*, I, págs. 95 y siguientes, especialmente págs. 113-114) ha conseguido elaborar una dis-

La unificación legislativa operada en Francia hizo que despertase en Alemania el deseo de hacer otro tanto. En 1814, Hibaut lanzaba la idea en un famoso escrito intitulado «De la necesidad de un Derecho civil para toda Alemania» (1). Pero esta idea, que halló gran eco en el espíritu público, tuvo un gran adversario en el pontífice de la escuela histórica, Savigny, que la refutó en un artículo famoso (2). Afirmaba éste que la esperanza de unificar el Derecho civil en los países germánicos no habría podido realizarse porque ni Prusia, ni Austria, que tenían sus propios Códigos, hubieran renunciado a ello; que el Derecho es un producto de la vida social y no una idea abstracta que pueda circunscribirse y fijarse en las fórmulas rígidas de los artículos de un Código; que la codificación detiene el desenvolvimiento de este producto histórico e impide su ulterior evolución sofocando la fuente originaria que lo crea, y si esto no obs-

ciplina de la trasmisión pasiva de las obligaciones a título particular, basándose en la estipulación a favor de terceros; atenuar el antiguo carácter absoluto del derecho de propiedad; dar valor práctico a algunos de los más salientes resultados de la teoría de la *chicane* y del abuso del Derecho; proporcionar una regulación del contrato de trabajo; dictar providencias para la tutela de los hijos naturales; templar la aspereza primitiva de las potestades familiares, sobre todo del poder marital; modificar hasta (y fué una de las providencias más atrevidas) el régimen de la dote mueble al proclamar la no alienabilidad de la misma, no admitida por el Código más que con relación a la dote inmobiliaria (ver Saleilles, ob. cit., pág. 123; Planiol, *Traité*, III, núm. 1.577, pág. 288).

Un movimiento se ha iniciado en Francia en favor de la reforma del Código, que es considerado por muchos como impropio para regular las exigencias de la vida moderna; en este sentido ver Larnaire, *Le Code civil et la nécessité de sa révision* (*Livre du centenaire*, II, págs. 901 y siguientes); Pilon, *Réforme del Code civil par voie de révision* (*ib.*, págs. 935 y siguientes). Contrarios a la revisión general y admitiendo sólo la introducción de modificaciones parciales, se muestran: Planiol, *Inutilité d'une révision generale du Code civil* (*ib.*, págs. 955 y siguientes) y Gaudemet, *Les codifications récents et la révision du Code civil* (*ib.*, págs. 967 y siguientes).

(1) *Über die Nothwendigkeit eines allgemeine bürgerlicheu Recht für Deutschland*, Heidelberg, 1814 (3.ª ediz., 1840).

(2) *Von Beruf unserer zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814; ver Steru, *Thibaut und Savigny*, Berlín, 1914.

tante la evolución continúa, resulta inútil la codificación, porque bien pronto el Código queda superado por las nuevas producciones espontáneas del pueblo, y anticuándolo en breve tiempo es inútil. Y añadía que los tiempos no habían alcanzado madurez jurídica suficiente para proceder a una buena codificación.

A sus objeciones respondieron Thibaut y otros; y más tarde, el mismo Savigny modificó en parte sus consideraciones sobre la utilidad de la codificación y templó algo la aspereza de los juicios que había emitido sobre el Código de Napoleón. Pero sus ataques, y sobre todo la difusión y arraigo que alcanzaron en Alemania los principios de la escuela histórica, retardaron por mucho tiempo la unificación de su legislación civil, si bien se publicara un *Código sajón* en 1863 y proyectos de Códigos se elaborasen en Prusia en 1842, en Baviera en 1853, etc.

Entre las objeciones de Savigny, quizá la más fundada fuera la de falta de madurez de los tiempos. Precisaba que la unificación política se realizase en Alemania; por ésto, al despertar de 1848 no siguió la realización práctica de la idea, faltando, como faltaba en la confederación de los Estados, un Poder legislativo central. La insistencia en tal idea no fué posible más que con la fundación del Imperio por una parte y con la ley del 20 de Diciembre de 1863 por otra, la cual ampliando la competencia del Poder central (que había sido creado con competencia limitada a la legislación en materia de obligaciones, de comercio, de cambio y de derechos de autor) a todo el Derecho civil, convirtió en factible la idea de un Código civil único. Los trabajos preparatorios duraron más de veinte años, a través de dos proyectos sucesivos en cuya elaboración tomaron parte los más eminentes jurisconsultos alemanes (recordamos, entre otros, al gran mercantilista Goldschmidt y al romanista Windscheid), hasta que, aprobado por el Reichstag el nuevo Código, compuesto de 2.385 párrafos, fué publicado juntamente con la ley de introducción el 18 de Abril de 1896, para entrar en vigor el 1.º de Enero de 1900.

Fruto de una profunda elaboración científica, que tiene sus precedentes inmediatos en las grandes construcciones dogmáticas del Derecho romano realizadas por los grandes pandectistas

alemanes (1), este Código representa hoy día el tipo más perfecto de la codificación civil moderna, especialmente por la técnica rigurosa con que las disposiciones particulares son formuladas y por el sistema estrictamente científico en que aparece ordenado, a la vez que aquel exceso de doctrinarismo del primer proyecto (preparado de 1874 a 1876 en gran parte por Johow, Kübel, Plank y Schmitt, bajo la dirección de Pape, que presidía la comisión), vino atenuado en el segundo, que después de la publicación (1888) del primero y de extensas críticas, fué preparado por una segunda comisión nombrada en 1890, presidida por Oehlschläger, primero, y luego por Küntzel y compuesta de veintidós miembros (2).

Al lado de éste debe figurar, por poseer igual perfección de su técnica legislativa, si bien es menos doctrinarista y más práctico y sencillo, el nuevo Código civil suizo, que unifica la legislación civil de la confederación y completa la obra de unificación de las leyes cantonales que se había iniciado con varias leyes federales, ente las cuales la más importante es el «Código federal de las obligaciones» de 14 de Junio de 1881, ahora derogado y sustituido por la edición revisada de 30 de Marzo de 1911. Preparado con un primer proyecto por Huber (3), modi-

(1) En cuanto al gran influjo que ejerció el Derecho romano en la codificación alemana, ver Lenel, *Das B. G. B. und das staddium des röm Rechts*, Strassburg. 1896. Sekwering, *Das röm Recht, das deutsche Recht un das B. G. B.*, Köln, 1900. Se ha llegado a decir con frase exagerada que se habían reducido a articular las Pandectas de Windscheid.

(2) Sobre la historia de la compilación, ver Vierhaus, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines B. G. B.* 1888; *Enneccerus un Lehmann Das bürg. Recht*, I, pág. 5; Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts*, I, pág. 24, y todos los manuales-comentarios al Código civil. Para los trabajos preparatorios, actas, ver *Entwurf. eines B. G. B. für das deutsche Reich ausgearbeitet von der Kominission, 1. Lessung. 2. Lessung., etc.* Berlín, 1887; *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das deutsche Reich*, Berlín, 1896; Mugdan, *Die gesammten Materialien zum B. G. B. für das deutsche Reich*, Berlín, 1889; Haidlem Hofmann, *Die gesanunten Materialien zum B. G. B.*, etc.

(3) Ver, para los trabajos preparatorios del Código civil, Huber, *Lois federales sur le droit privé, Code civil suisse*, Berne, 1896-99, *Avant-projet du Departement federal de Justice et de Police*, 1900; *Exposé des motifs del*

ficado y transmitido con mensaje de 28 de Mayo de 1904 a la Asamblea federal, aprobado por el Consejo Nacional y por el Consejo de los Estados el 10 de Diciembre de 1907, el Código civil fué publicado en tres idiomas: alemán, francés e italiano, el 2 de Enero de 1908 y entró en vigor el 1.º de Enero de 1912, juntamente con el nuevo Código de las obligaciones. Se compone de 977 artículos, más un título final de disposiciones para su aplicación y comprende todas las materias (derechos de las personas, familia, sucesión y reales), excepción hecha de las obligaciones, a las cuales provee el Código federal de las obligaciones de 30 de Marzo de 1911.

Hay que decir también que los trabajos para la revisión del Código civil austriaco se hallan muy adelantados, siguiéndose el criterio que muchos propugnan para el Código francés de modificaciones parciales limitadas a las disposiciones que con más urgencia reclaman una reforma.

El movimiento iniciado por Unger (1) ha dado origen a varias ordenanzas imperiales, las de 12 de Octubre de 1914, 22 de Julio de 1915 y 19 de Marzo de 1916, etc. (llamadas novelas I, II y III), que abrazan todo el campo del Derecho civil (2).

Avant projet du Département, Lausanne, 1901-2; Message du conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, Berne, 1904; Meili, Die kodifikation des schweizerischen Privat und Strafrechts.

(1) *Zur Revisión des allgemeinen bürg. Gesetzbuches (Grundruts Zeitschrift für das Priv. und öff. Recht, XXXI, 1904, pág. 389 y siguientes).*

(2) Sobre las principales reformas propuestas al Código civil austriaco, ver el informe de Pacchioni, *Il progetto di revisione del Codice civil austriaco (Riv. di Dir. civ., I, 1909, pág. 149; ver también Gabba La revisione del Cod. civ. generale austriaco, (Giur. ital., 1909, pág. 363 y siguientes) y los estudios del Festschrift, pág. 104; ver además, Carrara, Il conflitto europeo e le modificazioni del Cod. civ. austriaco (Riv. int. de sociali, 1915, I, página 2 y siguientes, 289 y siguientes; II, pág. 32 y siguientes); Bolaffio Di alcune riforme al Cod. civ. austriaco (Riv. Dir. civ., 1920, XII, pág. 56 y siguientes).*

§ 16.—*La codificación en Italia y las fuentes del Derecho civil italiano*

Brugi, Ist. § 2; Pacifici, Ist. I, pág. 531; Gianturco, Sist. I, pág. 17; Chironi y Abello Tratt. I, pág. 34; Crome, Par. gen, pág. 11 (1).

La historia de la codificación civil en Italia sigue estrechamente las vicisitudes políticas de nuestro Estado, el cual no pudo aspirar a la unificación de sus leyes civiles antes que, sacudido el yugo de las extranjeras dominaciones, se realizara la unidad peninsular. El gran acontecimiento de la publicación de un Código para todo el reino—realizado gracias a la firme voluntad de los hombres que gobernaron alrededor del año 1860 y al patriotismo del Parlamento, que luego de algunas dificultades acalló las aspiraciones de las regiones italianas, de ver extendido su propio Código a las demás regiones—, fué como el sello de la obra realizada por el pueblo en los campos de batalla y se consideró como el medio mejor de robustecer la unidad política.

La unificación se consiguió en tan breve tiempo, que no hubiera bastado a cualquiera otro país que, como el italiano, hubiese estado dividido y gobernado por leyes diversas y heterogéneas. Pero hay que consignar dos hechos que la favorecieron notablemente: el haber imperado en toda Italia, si bien por poco tiempo, el Código napoleónico y el haberse codificado las legislaciones civiles de la mayor parte de los ex-Estados italianos, inspirándose en el modelo francés.

En los años de 1804 a 1808, el Código de Napoleón fué publicado y aplicado en casi toda Italia en las provincias que o fueron anexionadas a Francia o formaron parte del reino italia-

(1) Para más detalles ver: Landucci en Auby y Rau, *Corso di Dir. civil*, I, § 41 y siguientes; Chironi, *Le Code civil et son influence en Italie (Livre du centenaire*, II, pág. 761 y siguientes); Selopis, *St. della leg. it.*, II, y especialmente Salvioli, *Tratt. di Storia del Dir. ital.*, 6.^a edic., Turín 1908, página 164 y siguientes; para la historia de la legislación civil italiana anterior al Código, ver pág. 394 y siguientes; y para la historia del derecho de familia, ver pág. 577 para el derecho sucesorio, etc.

no y aun en otras. Rigió en el Piamonte (20 de Marzo de 1804), en Siguria (23 de Septiembre de 1805), Lombardía y Veneto (1 de Abril de 1806), Módena (30 de Enero de 1806), Mareas (2 de Abril de 1808), Lucca y Piombino (21 de Abril de 1806), Parma (23 de Septiembre de 1805), Piacenza y Guastallas (12 de Agosto de 1806), Estado Pontificio (14 de Enero de 1812), Toscana (1 de Mayo de 1808), en el Napolitano (1 de Enero de 1809). Imperó hasta 1814, cuando con la caída de Bonaparte y la restauración, los soberanos que había sido despojados de su poder lo abrogaron, proclamando en vigor de nuevo las antiguas leyes. En cuatro territorios siguió rigiendo, no obstante: en Génova, en Parma, en el Napolitano y en Lucca, y no cesó su vigencia sino cuando estos países tuvieron un Código propio, mientras que Lucca lo conservó hasta que se realizó la unificación, es decir, hasta 1866.

La experiencia de una legislación codificada y el movimiento europeo en favor de la Codificación forzaron pronto a los Gobiernos de los ex Estados a seguir el camino emprendido por Prusia, Francia y Austria. De 1814 a 1851 fué general en Italia la sustitución más o menos completa de las antiguas leyes por los nuevos Códigos y donde no imperó la legislación precedente (como ocurrió en Toscana y en el Estado Pontificio, que adoptaron el antiguo Derecho) o alguno de los Códigos extranjeros (Lombardo-Veneto, donde imperó el austriaco), el modelo adoptado fué el Código de Napoleón.

Considerando separadamente las diversas regiones italianas en el período que media de la restauración a la unificación legislativa que se llevó a cabo para toda Italia el 1.º de Enero de 1866, (salvo para Roma y las provincias venetas, que se realizó, respectivamente, el 1.º de Febrero y el 1.º de Septiembre de 1871), el estado de la legislación civil en Italia era el siguiente:

a) *En el reino de Cerdeña* fué desde un principio muy diversa la legislación; mientras en el Piamonte se ponían en vigor, luego de haber cesado la vigencia del Código Napoleón (14 de Mayo de 1814), las Constituciones de Carlos Manuel III de 1770 y las otras leyes anteriores, en la isla de Cerdeña (regida aún por el Derecho antiguo) ningún cambio se verificaba, y uno bas-

tante leve ocurría en Liguria, que mantenía el Código de Napoleón, conservando en parte las antiguas leyes. Faltaba en la isla una codificación, y a ello proveyó Carlos Félix promulgando el 16 de Enero de 1827 un «Cuerpo de leyes civiles y criminales para el reino de Cerdeña», que, publicadas con pregón el 1.º de Septiembre, entraron en vigor el 1.º de Enero de 1828 (1). Más tarde el Derecho se uniformó; un nuevo Código civil hecho preparar por Carlos Alberto (Código Albertino), modelado en el francés, pero con notables innovaciones y mejoras (especialmente en el régimen de aguas, servidumbres, hipotecas y transcripción), fué promulgado el 20 de Junio de 1837 y entró en vigor en el Piamonte y en Liguria el 1.º de Enero de 1838 (haciendo cesar, respectivamente, las Reales Constituciones y el Código francés), y en Cerdeña el 5 de Agosto de 1848 (2).

b) *En el Lombardo veneto* al Código de Napoleón sustituía el austriaco de 1811; publicado con disposición de 28 de Septiembre de 1815, entró en vigor el 1.º de Enero de 1816 e imperó hasta el 1.º de Enero de 1866, para la Lombardía, y hasta el 1.º de Septiembre de 1871, para el Veneto.

c) *En el Ducado de Parma* fué rápida la obra de la codificación; mantenido en su vigencia hasta después de la caída de Bonaparte el Código francés, bien pronto, por iniciativa de María Luisa de Austria, fué sustituido por el nuevo Código (Código parmense), que fué promulgado el 23 de Marzo de 1820 y entró en vigor el 10 de Julio (3).

(1) Sobre esto y sobre su importancia en la historia de la codificación, ver Lattes, *Le leggi civili e criminali di Carlo Felice pel Regno di Sardegna* (*St. econ. giur della Fac. giur di Cagliari*, I, 1909, página 187 y siguientes).

(2) Sobre esto puede verse Pastore *Codice civile con commenti*, Turín 1838-52; del Merlo, *Istit. di Dir. civ.*, 4.ª ed., Nápoles, 1848; Precerutti, *Elementi di Dir. civ. patrio*, 2.ª ed. Turín, 1861. Para las labores preparatorias ver *Motivi du Codici per gli stati sardi*, Génova 1853.

(3) Ver Escole, *Di alcuni precedenti della trascrizione secondo la legislazione parmense* (*Studi per Brughi*, pág. 519 y siguientes); *Il Diritto delle persone e il Diritto de famiglia nel Cod. civ. parmense studiato nei lavori preparatori* (*Riv. di Dir. civ.*, IV, 1912, pág. 581 y siguientes, pág. 781 y siguientes); *Sui lavori preparatori del Cod. civ. parm.* (*Arch. St. parm.* 1912); *I contratti agrari nel Cod. civ. parmense* (*Riv. Dir. civ.*, 1914, VI, pág. 494).

d) *En el Ducado de Módena* entraba de nuevo en vigor (excepto en materia hipotecaria, en la cual se mantenían las disposiciones del Código francés) el antiguo Código de leyes y Constituciones de Francisco III, que se publicó en 1771. Era necesaria una reforma, y ésta fué preparada por Francisco IV en 1827 y realizada por Francisco V, quien el 25 de Octubre de 1851 publicaba un nuevo Código civil (Código Estense) que entró en vigor el 1.º de Febrero de 1852 (1).

e) *En Toscana* adquirieron vigencia, luego del Código francés, las antiguas fuentes del Derecho, representadas principalmente por el Derecho romano y canónico y leyes granducales; se conservan de aquél solamente las disposiciones referentes al régimen hipotecario y a la prueba testifical y por documento público. No hubo nunca en ella codificación de las leyes civiles, si bien en el siglo anterior se iniciara con la colección de leyes granducales hecha por Francisco I de Lorena. En condiciones distintas se encontraba el Estado de Lucca y Piombino, donde, como se ha dicho, el Código francés se mantuvo en vigor desde 1806 hasta la publicación del actual.

f) *En el Estado Pontificio* sucedió como en Toscana; imperaban las antiguas fuentes, es decir, el Derecho romano y el canónico, modificadas por las Constituciones apostólicas, salvo en lo referente al régimen hipotecario. No obstante el *motu proprio* de Pío VII (6 de Julio de 1815), que prometía una codificación completa, ésta no tuvo lugar ni en su pontificado ni en los sucesivos, que, prescindiendo del Código de procedimiento civil publicado con *motu proprio* de 22 de Noviembre de 1817, hubo sólo una codificación parcial de las leyes civiles con el *Reglamento legislativo y judicial* publicado el 10 de Noviembre de 1834 por Gregorio XVI y comenzando a aplicarse en 1.º de Enero de 1835 (Reglamento gregoriano), dejando en vigor el Derecho romano, el canónico, las Constituciones pontificias y los Estatutos locales para las materias no disciplinadas en aquél.

g) A una codificación completa proveyeron en el *Reino de*

(1) Ver Lattes, *La formazione del Cod. civ. estense*, (*Studi per Mano*, página 199 y siguientes).

las Dos Sicilias los Borbones, que tuvieron el mérito (hay que confesarlo) de ser los primeros en seguir la ruta marcada por Francia. Apenas transcurridos cinco años después de la caída de Napoleón (en el intervalo continuó rigiendo en la región el Código francés, no sólo el civil, sino también el de comercio y el de procedimiento civil), Fernando IV promulgaba el 27 de Marzo de 1819 el *Código para el Reino de las Dos Sicilias*, dividido en cinco partes comprensivas de las leyes civiles, penales, de procedimiento civil, de procedimiento penal y leyes de excepción para los negocios mercantiles. Empezaron a aplicarse el 1.º de Septiembre de 1819, quedando abolidas las numerosas fuentes antiguas del Derecho napolitano (1). La reforma y la unificación de la legislación civil italiana, impuesta por la necesidad universalmente reconocida de suprimir las profundas desigualdades a que daban lugar en la regulación de las relaciones jurídicas de la gran familia italiana las variadísimas leyes particulares que se han recordado, fué iniciada cuando aún muchas regiones no se habían unido al nuevo Estado.

El primer paso fué dado por dos Comisiones nombradas en 1859: una en Emilia, por Farini; la otra en Piamonte, por Rattazzi, que en 1860 fueron fusionadas por Cassinis. El primer proyecto por ésta elaborado consistió en una *revisión del Código Albertino* y fué presentado al Parlamento y sometido al examen de la magistratura en el año 1860, pero no tuvo consecuencias, porque, ocurrida la anexión de las provincias meridionales y cerrada la legislatura, quedaron disueltas las Comisiones previamente nombradas por el Congreso y el Senado para el estudio del mismo, y el Congreso no consintió en nombrar una segunda en la nueva legislatura.

Dispuso entonces Cassinis la preparación de un segundo proyecto, inspirado directamente en el Código francés y elaborado por una Comisión creada a tal efecto (Abril-Junio de 1861);

(1) Ver Migliano y Carrillo, *Comment. delle leggi civ. delle Due Sicilia*, Nápoles 1819-22; Cangiano, *Lezioni di Dir. posit. sec. il c. delle Due Sicilie*, 1841-1844; Miraglia, *Leggi civili*, Nápoles 1846-52; Arcieri, *Ist di Dir. civil moderno*, Nápoles 1853-55; Giordano, *Comm. alle leggi civili*, Nápoles 1848-64.

tampoco tuvo consecuencias por la caída del Ministerio Cavour.

Se reemprendió la obra con un tercer proyecto hecho preparar por Miglietti (Agosto-Diciembre de 1861), según la idea que había inspirado el primero y teniéndose en cuenta las labores preparatorias del segundo. Presentado al Senado en Enero de 1862, y después a una Comisión de la Casación napolitana, por Conforti (sucesor de Miglietti), fué sometido al examen de cinco Comisiones de juristas nombradas en Turín, Milán, Florencia, Nápoles y Palermo por Pisanelli, que había sucedido a Conforti.

Aprovechando los estudios precedentes y las observaciones hechas por la magistratura y por las citadas Comisiones, Pisanelli elaboró un cuarto proyecto que, presentado al Senado (Julio-Noviembre de 1863) fué examinado por una Comisión nombrada por éste, dando lugar a varias proposiciones modificativas (proyecto de la Comisión senatorial). La discusión en la Asamblea no tuvo lugar; tenida en cuenta la oportunidad de proceder de modo expeditivo a la obra de la unificación legislativa, el Gobierno, con ley de 2 de Abril de 1865, fué autorizado a publicar el Código presentado al Senado con las modificaciones concertadas entre la Comisión senatorial y el Ministro, confiriéndose a una Comisión especial el encargo de proceder a la coordinación definitiva y proponer las disposiciones transitorias. Poco después, con Decreto de 25 de Junio de 1865, venía aprobado el nuevo Código, entrando en vigor el 1.º de Enero de 1866 en toda Italia (excepto en Roma, las provincias venetas y Mantúa), quedando derogadas todas las antiguas fuentes; con Decreto de 30 de Noviembre de 1865 eran aprobadas las disposiciones transitorias (1).

(1) La colección oficial y completa de todos los trabajos preparatorios ha sido publicada por el Ministerio de Gracia y Justicia. La segunda edición (*Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, Roma 1886) se halla en curso de publicación y los volúmenes hasta el presente aparecidos, contienen los estudios acerca del Proyecto de ley sobre el matrimonio y documentos parlamentarios relativos (volúmenes I y II, 1886); el Proyecto de revisión del Código argentino con el resumen de las observaciones de la magistratura (III y IV, 1888) las citadas observaciones (V, 1890); las de los jurisconsultos y las propuestas de la comisión nom

Pero hoy, ni todas sus disposiciones han quedado invariables, ni sólo ellas regulan toda clase de relaciones jurídicas.

Una serie numerosa de leyes nuevas se ha venido dictando para completar las disposiciones del Código y para disciplinar relaciones creadas por las nuevas necesidades de la sociedad moderna. No es posible enumerarlas todas, puesto que se trata de una legislación de más de medio siglo, ni es fácil, como lo demuestra el hecho de que, excepto algunas leyes orgánicas dirigidas a completar la legislación del Derecho privado, la gran mayoría de estas disposiciones complementarias (olvidándose muy a menudo los dictados de la sistemática y de la técnica legislativa, que desaconsejan el abuso de modificaciones y añadidos a los Códigos hechas por vía indirecta y clandestina), está contenida en leyes que se refieren a materia distinta de la que constituye el objeto propio del Derecho civil.

Por otra parte, dada la amplitud del campo dominado por el Derecho civil, se comprende que no haya ninguna ley que en parte no se refiera a las relaciones jurídicas por aquél reguladas. Para citar sólo algún ejemplo, las leyes de caza y pesca, bosques, minas y salinas, redención de la enfiteusis, de los censos y otras cargas reales de los fundos, derechos de autor, marcas de fábrica, monopolios industriales, expropiación por causa de utilidad pública, servidumbres militares, sindicatos de riego, concesiones mineras, derivaciones de aguas públicas, saneamientos de terrenos, antigüedades y excavaciones, telégrafo y teléono, transmisión a distancia de la corriente eléctrica, percepción de los impuestos directos; crédito inmobiliario y agrícola, adquisiciones de personas morales y otras innumerables que, con abolir los gravámenes y ampliar la garantía real, han introducido grandes modificaciones y limitaciones en la propiedad inmobiliaria y completado y modificado expresa o tácitamente las disposiciones del Código civil (1).

brada por Cassinis (VI, 1892); las observaciones de la comisión creada por Pisanelli (VIII 1899). Las partes más notables se encuentran reproducidas en el Gianzana, *Codice civile*, volúmenes I-IV, Turín 1887 y en *D'Et-tore e Giordano, La legislazione del Regno d'Italia*, volúmenes I-III, Nápoles 1866-68).

(1) Un buen manual en el que se hallan recogidas las leyes vigentes

No es escaso el número de leyes que han reformado o derogado artículos del Código civil. Entre las más notables citaremos:

1) La ley de 6 de Diciembre de 1877, que, al abolir la prisión por deudas, derogó los artículos 2.093 y siguientes, sustituyéndolos por nuevas normas.

2) La ley de 9 de Diciembre de 1877, que admitió a las mujeres como testigos en los documentos públicos y privados, modificando los artículos 351 y 788.

3) La ley de 8 de Agosto de 1895, art. 10, sobre los productos o rentas de las Cancillerías y el nuevo Código de procedimiento penal, art. 603, que han modificado en parte el artículo 1.969, extendiendo la hipoteca legal de la parte civil a todas las personas perjudicadas.

4) La ley de 4 de Mayo de 1898, que modificó el art. 708 en lo que respecta a las cosas robadas o extraviadas y pignoras en los Montes de Piedad.

5) La ley de 17 de Mayo de 1900 sobre crédito municipal y provincial, que derogó, respecto a las deudas provinciales, municipales y de otros entes, el párrafo 1.º del art. 1.833 y modificó el resto.

6) La ley de 31 de Enero de 1901 sobre emigración, que derogó el art. 11, y la ley de 17 de Mayo de 1906, que dictó nuevas normas para la concesión de ciudadanía italiana, ahora derogadas y absorbidas por la ley de 13 de Junio de 1912, que sustituye los artículos del 4 al 15 del Código civil.

7) La ley de 12 de Junio de 1902 para la tutela de monumentos, objetos artísticos y antigüedades, que modifica el artículo 714, respecto a la cuota del Estado sobre los objetos antiguos descubiertos en las excavaciones.

8) La ley de 22 de Junio de 1905, que reduce el interés legal en materia civil y mercantil al 4 y 5 por 100, que modifica el art. 1.831.

9) La ley de 30 de Junio de 1908, que, prohibiendo la cesión de créditos por estipendios y pensiones de los empleados, deroga parcialmente el art. 1.948.

10) El Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916, que, limitando la sucesión legal a los parientes dentro del sexto grado, ha modificado el art. 742, el art. 755 (del que han quedado suprimidas las palabras finales «dentro del sexto grado»), el art. 31 (en que las palabras iniciales van leídas «y los demás invertidos»), indirectamente también el art. 48 y, además, el art. 9.º, letra C, del texto único de 30 de Mayo de 1907.

11) Los Decretos-leyes de 9 de Noviembre de 1916, 6 de Enero de 1918 y 21 de Abril de 1918 y el Decreto-ley de 24 de Noviembre de 1919, que han modificado los artículos 1.314 y 1.932, añadiendo nuevos actos a los que, bajo pena de nulidad, deben hacerse por escrito y ampliando también el número de los actos que deben transcribirse, en particular divisiones, actos y sentencias declarativas de propiedad o Derechos reales inmobiliarios, testamentos y disposiciones *mortis causa* relativas a bienes inmuebles y apertura de sucesiones legítimas en orden a los mismos bienes (1).

12) La ley de 18 de Julio de 1917 sobre protección y asistencia de los huérfanos de guerra, que modifica para éstos varias disposiciones del Código sobre la tutela, patria potestad, investigación de la paternidad (artículos 189, 233, 246, 249, 251, 257, 269 y 271).

13) El Decreto-ley de 21 de Abril de 1918, que contiene una singular derogación de los artículos 946 y 948, así como el 943 y 950, atribuyendo al Estado las cuotas de herencia y los legados renunciados y no aceptados dentro del año, a partir de la apertura de la sucesión a favor del llamado ulteriormente (2).

14) El Decreto-ley de 13 de Noviembre de 1924, que regula el contrato de empleo privado, introduce el concepto de estabilidad y prescribe plazos e indemnizaciones obligatorias en el caso de licenciamiento del empleado.

(1) Ha surgido la duda de si tales normas tengan efectos substanciales o exclusivo carácter tributario, sin influir en las reglas del Código. De ello se hablará cuando se trate de la transcripción.

(2) La derogación no se producirá si estas normas tuviesen mero carácter tributario. Ver el II vol. al hablar de la adquisición de la herencia.

15) La ley de 17 de Julio de 1919 sobre la capacidad jurídica de la mujer y que ha suprimido la última desigualdad jurídica que existía entre ambos sexos y aboliendo la autorización marital, suprimiendo los artículos 134, 135, 136, 137 y 1.743 del Código civil, los artículos 13 y 14 del Código de Comercio, los artículos 799 y 805 del Código de procedimiento civil, y modificado los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil, 252 y 273 del mismo, el 15 del Código de Comercio, el 10 del Código de procedimiento civil, el art. 11 de la ley de 27 de Mayo de 1875, el 9.º de la ley de 15 de Julio de 1888 y el 12 de la ley de 17 de Julio de 1890, que contienen restricciones a la capacidad de la mujer en el Derecho privado.

16) El Decreto-ley de 31 de Julio de 1919, sobre adopción de los huérfanos de guerra y de los expósitos nacidos durante la misma y que suprime para éstos el límite de edad de los diez y ocho años y modifica los artículos 206 y 208.

17) El Decreto-ley de 15 de Agosto de 1919, que establece la declaración de muerte para los desaparecidos en la guerra, modificando los artículos del Código civil, relativos a la ausencia.

18) El Decreto-ley de 12 de Octubre de 1919, que introduce nuevas normas sobre la responsabilidad de los fondistas y hoteleros y deroga los artículos 1.866 al 1.868.

19) El Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, relativo a la regulación del estado civil, con referencia a los registros de ciudadanía.

20) El Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, que delega en el Procurador general de la Corte o Tribunal de apelación, en cuya jurisdicción residen los esposos o uno de ellos, la facultad de dispensar algunos de los impedimentos civiles del matrimonio.

21) El Decreto-ley de 20 de Septiembre de 1922, que modifica el art. 1.341, elevando a 2.000 liras el valor de las convenciones en que se admite la prueba testifical.

Pero de muchas otras, y más radicales reformas, siente hoy necesidad el Código civil (1). El problema de la revisión que se

(1) Ver *Le riforme del Codice civile (Disc. inaug.)*, Pavía 1911; Brugi,

plantea en Francia y en Austria, no es menos vivo e intenso en Italia, no obstante ser nuestro Código civil casi medio siglo más reciente y en muchos respectos mejor que aquéllos. Algunas de sus disposiciones resultaban ya anticuadas inmediatamente después de su publicación; otras lo fueron más tarde, cuando ya no respondían a las nuevas necesidades, y a la variación de las conclusiones de la sociedad actual. Exigen ser revisadas las disposiciones relativas a la institución de la ausencia, a las personas jurídicas, especialmente en lo referente a las asociaciones de hecho, a la filiación natural, adulterina e incestuosa, a la prohibición de investigar la paternidad, poderes familiares, matrimonio en las relaciones de las forma civil con la religiosa, a la capacidad de las personas y a la publicidad de los actos o documentos que comprueban o declaran la incapacidad (casillero civil), muchas otras materias contractuales para una mejor protección de la buena fe y de la libertad de contratación, una regulación más adecuada de ciertos contratos, como el de trabajo, una enérgica represión de ciertos abusos, como el de la usura.

Una Comisión oficial fué nombrada en 1906 para el estudio de las reformas que debían introducirse en nuestro Derecho privado, preparando trabajos y formulando propuestas muy notables. Proyectos concretos de reforma de uno u otro título del Código fueron luego presentados al Senado por Scialoja, de los cuales alguno se convirtió en ley (como el de la ciudadanía de 13 de Junio de 1912); otros, por desgracia, no prosperaron como los relativos a los hijos naturales, investigación de la paternidad, transcripción, abolición de la autorización marital (1). Para algunas de las instituciones citadas como autorización marital, transcripción y publicidad de los Derechos reales inmobiliarios, sucesión legítima y grado límite de los parientes con derecho a suceder, adopción, legitimación y ausencia, la reforma se introdujo con la legislación del período de guerra, como resulta de la breve enumeración que precede, si bien se resiente de la falta de

Le riforma della nostra legislaz., (Ant. giur., III, pág. 181 y siguientes; Consentini, *Le riforma della legislaz. civ.*, Módena 1911.

(1) Ver *Atti parlamentari*, Legisl. XXIII, Sesiones, 1909-1910; 164 y 174 *Discuss Senato*, pág. 9.649.

generalidad y permanencia, así como de la precipitación con que fué elaborada. Precisa (ahora que ha cesado el prejuicio de la absoluta intangibilidad del Código civil), perseverar en el camino emprendido, si no se quiere que el Juez venga forzado por las necesidades actuales a desapplicar la ley. Y hay que augurar que las futuras reformas sean más profundamente meditadas y concebidas con carácter más orgánico que la precipitada legislación de guerra.

De esta legislación desenvuelta en los años del conflicto europeo, 1914-1919, se debe hacer aquí una breve reseña para completar las noticias que hemos dado acerca de nuestro Derecho privado civil. Se trata de normas nuevas que ocupan lugar muy importante en nuestra legislación y si bien en su mayor parte son Derecho singular y transitorio, con eficacia limitada en cuanto al tiempo, su importancia es muy grande, ya porque se dan muchas relaciones que se regularán durante largo tiempo por tales normas, ya porque ellas han sido las iniciadoras de la gran corriente de reforma del Código civil; alguna reforma definitiva se ha producido en tiempo de la guerra y alguna otra (concebida provisionalmente) adquiriría carácter de estabilidad.

Esta improvisada legislación, a veces con imperfecciones técnicas en su contenido, se halla constituida por multitud de Decretos lugartenenciales, dictados en virtud de plenos poderes que la ley de 22 de Mayo de 1915, confería al Gobierno del Rey con ocasión de la declaración de guerra; Decretos del lugarteniente, que tienen virtud de leyes a los que hay que añadir algunos Decretos reales y alguna ley votada en el Parlamento (1).

Inspirada en la necesidad de una más enérgica y eficaz tutela del orden interno y de la seguridad del Estado y aspirando a realizar nuevos fines y satisfacer las nuevas necesidades creadas

(1) Varias colecciones se han publicado, siguiendo todas el orden cronológico y ninguna el sistemático. Recordemos *La lex*, Turín, año 1915, lo publicado por la *Rivista delle comunicazioni, Prima raccolta completa delle legge eccezionali (non militari) emanate in Italia dal 4 Agosto, 1914* (Roma 1915 y siguientes) y las publicadas por el Ministerio de Agricultura y Comercio y por el Crédito italiano.

en la nación y en el Estado por las operaciones de guerra, dirigida a templar las inesperadas consecuencias que la paralización del comercio y de la industria, producía en la economía pública y privada, merced a una serie de disposiciones que debían reparar las desastrosas consecuencias de la guerra, encaminada a proteger y favorecer a todos los que intervenían de modo directo en las operaciones de guerra, concediendo derechos y reservándolos, facilitando su ejercicio, eliminando en lo posible toda desfavorable consecuencia provocada por la tremenda perturbación de todas las relaciones, ofrece los caracteres de un Derecho excepcional, ya sea en cuanto al contenido substancial, ya en cuanto al tiempo de su duración, ya en cuanto a su formación.

Recayendo sobre variadísimas materias de Derecho privado y público aún la legislación de estricto carácter privado, se halla influida por el elemento público, ya que principios y criterios propios del Derecho público, influyen en las relaciones al parecer más alejadas de sus dominios.

No sólo se ha influido en el Derecho de propiedad mobiliario e inmobiliario con la amplitud extraordinaria de los poderes de requisición de cosas muebles e inmuebles y las numerosas prohibiciones de comerciar, de enajenar, de hipotecar, de destruir con las más intensas limitaciones en las facultades de disfrute y disposición del propietario, sino que también la intervención del Estado ha actuado en el campo de las obligaciones, imponiendo condiciones y mejoras en la remuneración de los asalariados (como en el contrato de trabajo), impidiendo la disolución del vínculo contractual o construyendo a la renovación de los contratos ya extinguidos (alquiler de casas y contratos agrícolas), concediendo prórrogas, liquidando los daños con su propia autoridad o eximiendo de pactos y cargas (como en los Decretos de moratoria, alquiler de casas para hospedaje, suministro de luz eléctrica, contratos de transporte, contratos de suministros al Estado).

Y también en el Derecho hereditario y en el de familia y personas, se manifiesta este carácter, sobre todo en lo que se refiere a las restricciones en la capacidad jurídica de los extranje-

ros, pertenecientes a Estados enemigos, limitaciones a la adquisición de la ciudadanía italiana, reducción de los grados de parentesco dentro de los cuales se puede suceder legalmente, adquisición por el Fisco de la herencia y de los legados renunciados por el llamado, tutela y protección de los huérfanos de guerra, etc. Ese carácter público, si no conduce a considerar modificados los conceptos fundamentales de las instituciones, revela, sin embargo, una tendencia a atraer a la esfera del Derecho público, materias de Derecho privado y a aumentar la propensión socializadora (1).

El carácter excepcional se revela en esto: que todas o casi todas las normas nuevas implican derogaciones más o menos profundas del Derecho privado normal establecido por el Código y otras leyes. Son, o derogaciones universales, válidas para todos los ciudadanos en cuanto al tiempo de guerra (prórrogas forzosas de alquileres de casas y de arrendamientos de fundos rústicos, con prohibición en los dueños de elevar las pensiones o de elevarlas más de un determinado tanto por ciento (2), exención de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones por causa de dificultades provocadas por la guerra, etcétera), o ya derogaciones hechas a favor de determinados grupos o clases de personas (como para los militares o agregados al servicio del Ejército o de la Armada, la suspensión de los plazos, la no licenciabilidad de los empleados públicos y privados, la legitimación de los hijos por Decreto, el matrimonio por mandato, etc.) o con referencia a los habitantes de las regiones invadidas por el enemigo que sean campo de operaciones de guerra o que se hallen a éstos próximas (como, por ejemplo, los Decretos-leyes de 1.º de Febrero de 1918 y de 30 de Junio de 1918, que derogan el Derecho común en favor de las personas de las provincias venetas y de los prófugos de guerra, en mate-

(1) Ver sobre el particular, Flaggelle, *La legislazione bellica in relazione al Diritto pubblico preesistente e alle future riforme* (*Riv. Dir. pubblico*, 1918, pág. 345 y siguientes); Vassalli, *Della legislazione de guerra e dei unori con fini del Diritto privato* (*Riv. Dir. comm.*, 1919, I, página 1 y siguientes).

(2) Subsistieron luego de la guerra y aún hoy.

ria de estado civil, derechos de familia y sucesión, obligaciones, seguros, sociedades civiles y mercantiles, etc.).

Sin embargo, no todas las normas dictadas durante la guerra tienen carácter de *jus singulare*. Muy frecuentemente se ha reformado el antiguo Derecho, sustituyendo el precepto primitivo por una norma que ha de regular la relación, por ejemplo, la sucesión del Estado cuando falten parientes legítimos dentro del sexto grado, la abolición de la autorización marital, la extensión de la transcripción a las divisiones y a los tratamientos, son nuevo y propio Derecho común.

En cuanto a la duración, las normas del tiempo de guerra, precisamente por tender a mitigar los efectos de aquélla, constituyen Derecho transitorio y provisional; muchos Decretos tuvieron predeterminada su eficacia en el tiempo, limitándose (con fórmulas diversas) su validez hasta el fin de la guerra, hasta un año, seis meses, dos, después de la guerra; otros no tienen término, pero lo contienen implícito en la finalidad o motivo que los inspiró. Pero también hay aquí que advertir que alguna de las normas tiene carácter permanente constituyendo una innovación estable del Derecho preexistente; tales son, por ejemplo, las que suprimen la autorización marital, que limitan el grado de los parientes con derecho a suceder legalmente, que imponen para determinados actos la forma escrita y la transcripción (1).

En fin, desde el punto de vista constitucional y formal, hay que observar que por amplia que fuese la ley concediendo los plenos poderes en virtud de la cual el Gobierno dictó esas muchas disposiciones, no todas pueden comprenderse en la delegación, faltando, como frecuentemente faltaba al precepto, el poder ser justificado con la guerra, que era el supuesto en que se fundaba la delegación. Y si alguna de las reformas (por ejemplo, la de la transcripción y sucesión del Estado) puede considerarse comprendida en la delegación porque se encamina a procurar

(1) Ver Seoré *Sul disegno di legge circa le norme per il passaggio dallo Stato di guerra allo Stato di pace* (Riv. Dir. comm., 1920, I, pág. 66 y siguientes), el Real decreto de 30 de Septiembre de 1920 proveyó a establecer explícitamente el término de la llamada *desmovilización* (Smobilizzazione civil, 31 de Octubre de 1920).

nuevos medios y nuevas fuentes de ingresos al Erario, otras no hallan ni siquiera por razones fiscales una justificación y constituyen un abuso cometido por el Gobierno; la guerra fué pretexto para que legislase el Poder ejecutivo. El cual también bajo otro aspecto no usó con moderación la facultad que se le había concedido. Casi sin excepción en toda la legislación bélica se adoptó el sistema de suprimir totalmente todo término de *vacatio legis*, disponiéndose la inmediata vigencia de los Decretos publicados en la *Gaceta oficial*.

Determinar la parte que de tal legislación deba sobrevivir, transformada y mejorada, es tarea delicada que incumbe al legislador. Cierto que independientemente de las reformas ya verificadas, muchos gérmenes hay de más amplias y radicales reformas del Código civil (1).

Y ahora se ha emprendido su revisión a impulsos de la necesidad política de unificar el Derecho privado en todo el territorio, aumentado con las nuevas provincias adquiridas a consecuencia de la guerra europea. Con ley de 30 de Diciembre de 1923 el Parlamento ha delegado en el Gobierno la facultad de modificar el Código civil y redactar nuevos Códigos de Comercio, de procedimiento civil y para la Marina mercante (2). Y una

(1) De la rica literatura jurídica producida recordaremos: Ferrara, *Influence giuridica della guerra nei rapporti civili* (*Riv. Dir. comm.*, 1915, I, página 25); *Diritto di guerra e Diritto di pace* (ib. 1918, XVI, I, pág. 682 y siguiente); Segré, *Di alcuni prorredimenti in materia di Diritto privato emessi in occasione della guerre*, (ib. 1915, XIII, I, pág. 773 y siguientes), 877 y siguientes; 1916, XIV, I, 173 y siguientes); de Ruggiero, *Leggi di guerra nel Diritto privato italiano* (*Dir. e giur.*, 1916, I, pág. 171 y siguientes); Cogliolo, *Le legislazione di guerra nel Dir. civ. e comm.*, 2.^a ed., Turín 1917; Maroi, *Guerra en Diz. pratt. di Diritto privato*; Carrara, *La legisl. di guerra e il sist. di Dir. priv.* (*Riv. int. sc. soc.*, 1920, pág. 241 y siguientes).

(2) El texto de la ley parece querer limitar la actividad reformadora del Gobierno sólo a algunas instituciones (ausencia, condición de los hijos ilegítimos, casos de nulidad del matrimonio, adopción, patria potestad, tutela, transcripción y prescripción) y a la enmienda de los artículos que dan lugar a infinidad de cuestiones y que son imperfectos. Pero la Comisión real nombrada para la ejecución de la ley y el mismo Gobierno

Comisión real trabaja esforzadamente por conseguir dar al viejo Código un contenido que responda en todas sus instituciones a las exigencias de la nueva sociedad (1) (2).

han reconocido que debe darse una mayor amplitud a la reforma extendiéndola a otras instituciones que deben también ser reformadas.

(1) La Comisión real nombrada con Real decreto de 3 de Junio de 1914 la componen el profesor V. Scialoja (Presidente), Polacco, Ascoli, Baviera, Bensa, Bonfante, Brugi, Coviello, De Ruggiero, Fadda, Rossi, Segré, Vassalli y los Magistrados Barone, Viscaro y Venzi.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—También en España, independientemente de reformas parciales como las que se refieren al arrendamiento de predios urbanos y al contrato de trabajo, ya realizadas, y de otras que son actualmente objeto de discusión en la Asamblea consultiva del Gobierno como la referente a limitar la sucesión intestada al cuarto grado colateral, se trabaja en la reforma total de los Códigos civil, mercantil y penal, ignorándose todavía con qué orientación y qué provecho.

CAPITULO IV

Interpretación de las normas jurídicas

§ 17.—*Concepto y elementos de la interpretación*

Filomusi, Enc. § 38; Brugi, Ist. § 3; Pacifici, Ist. I, pág. 69; Gianturco, Systeme I, página 113; Chironi, Ist. I, §§ 10-12; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 55; Coviello, Man. I, §§ 22-26; Crome, Par. gen, § 8; Savigny, Sist. I, §§ 32-45, 47-51; Windscheid, Pand. I, §§ 20-22; Regelsberger, Pand. I, § 36 (1).

Establecidas las normas jurídicas, incumbe a todos los súbditos, y, en particular, a los funcionarios públicos y Jueces la obligación de aplicarlas. Prescindiendo aquí de la investigación que el Juez pueda o deba hacer acerca de la existencia efectiva y validez jurídica de la norma de que antes se ha hablado y los límites de su eficacia en cuanto al tiempo y al espacio (de que se hablará más adelante), la aplicación exige que la norma sea antes interpretada para determinar si el caso concreto debe incluirse o no en aquella, y esto constituye la función más alta del Juez y la más ardua por las dificultades graves que se presentan al establecer el alcance del precepto jurídico, sobre todo cuando resulta obscuro o ambiguamente formulado en la disposición legal.

(1) Ver además Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des vons Rechts*, 2.^a ed., 1806; Schaffrath, *Theorie der Auslegung Nonstitutioneller Gesetze*, 1842; Deliste, *Principes de l'interpretation des lois*, 1852; Brocher, *Etudes sur les principes generaux de l'int. des lois et special du Code fr.* 1862 y entre las más recientes Merkel, *Analogie und Auslegung des Gesetzes* (en Holtzendorff Handb. d. dent. Strafrecht II), *Danz Die Auslegung im Recht*, 1897; Pista Castelli, *Interpretazione delle leggi (Digesto italiano)*, y especialmente Degni, *L'interpretazione della legge*, 2.^a ed., Nápoles 1909, que reúne las doctrinas antiguas y modernas.

Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa y valuar su eficiencia en cuanto a las relaciones jurídicas; pero no solamente de la norma legislativa y de la norma obscura e incierta, sino también del Derecho consuetudinario y de la norma clara.

También el Derecho consuetudinario necesita ser interpretado, ya que cualquiera que sea en un ordenamiento jurídico el puesto reservado a la costumbre, la norma creada por ésta, exige una valuación de su contenido, del fin que persigue, una indagación que establezca su alcance y permita medir su esfera de aplicación. Si corrientemente se cree que se deba prescindir de la interpretación al menos por lo que, respecto al Derecho consuetudinario, es porque las normas que lo integran, surgiendo como efecto de la constante y uniforme repetición de actos halla directamente en estos su expresión concreta y en el fin a que van dirigidos y en la serie de relaciones en que se repiten la precisa determinación del fin propio y de su esfera de aplicación. Pero bien puede haber costumbres que no revelen el fin o no manifiesten por cualquier ambigüedad del uso o poca claridad en la conciencia de los que lo practican el ámbito de su imperio y para éstas la necesidad de la interpretación es más intensa.

Y no será diversa tal interpretación de la que se aplica a la norma legislativa cuando la costumbre, como sucede con frecuencia, se halla reducida a forma escrita (1).

La misma necesidad de interpretación tiene la norma legal que no presente obscuridad o ambigüedad en su texto, es decir, la que sea clara. Puesto que no es verdad que el interpretar presuponga una dificultad de penetrar inmediatamente en el sentido de la ley y que la interpretación se excluya cuando tal difi-

(1) Y por ello preferimos hablar con Regelsberger, op. cit., I, con Brugi, I, cit. y con otros de la *interpretación de las normas jurídicas* y no de *interpretación de la ley*, si bien por las razones dichas y por la limitación misma del Derecho consuetudinario, la interpretación se efectúa casi preferentemente con relación a las normas legislativas. En este sentido se expresa Degni, ob. cit., págs. 50-51, si bien por otro motivo al que no puedo adherirme, prefiere la terminología más usual de interpretación de la ley.

cultad no existe, es un error el creer que para los preceptos no oscuros no se requiera interpretación; parece que no se necesita porque se penetra más rápida y casi instantáneamente su sentido. Si la aplicación de la norma implica una labor de la inteligencia para la subsanación del caso particular y concreto en la fórmula general y abstracta dada por el legislador, no es posible realizar la aplicación de la norma sin su previa interpretación.

El antiguo aforismo *in claris non interpretatio*, del cual tanto se abusó por los escritores del pasado, no tuvo en su origen ni puede tener hoy otro significado que este: que cuando de las palabras del precepto se deduce de un modo indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse, so pretexto de interpretar la norma, la indagación de un pensamiento y de una voluntad distintos.

La misma claridad es un concepto relativo: una ley que por sí es clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una ley que no dió nunca lugar a dudas puede ser dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones las cuales produzcan incertidumbre en cuanto a si son regulables o no por la norma hasta entonces aplicada invariablemente. Mucha razón tenía el jurisconsulto Ulpiano al escribir *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est neglegenda interpretatio ejus* (1).

Este proceso de hermenéutica no se desenvuelve arbitrariamente, según el capricho o el sentimiento de quien es llamado a interpretar la ley; se halla sometido a reglas que disciplinan el uso de los varios medios a que el intérprete puede recurrir y está regido por una serie de principios cuya armónica coordinación corresponde a la teoría de la hermenéutica. Cuales sean aquéllos y éstos lo diremos en seguida al considerar sucesivamente los elementos de que consta el proceso interpretativo, los medios con que éste se efectúa, el resultado a que conduce, la fuente de que deriva, es decir, el órgano que realiza la interpretación.

(1) Ver l. 1, § 11, D. 25, 4.

Pero antes, y para entender con exactitud su alcance, son necesarias algunas observaciones de carácter general que sirvan para prevenir contra muchos prejuicios y errores dominantes en esta materia.

1) En la antigua escolástica y en la práctica del foro se fueron formando una serie de aforismos jurídicos que aún se repiten hoy por los prácticos y se consideran como expresiones de reglas fijas y de principios absolutos. Toda la teoría de la interpretación se reúne en estas máximas tomadas de la lógica y las más de las veces empleadas disparatadamente. Suenan como otros tantos proverbios de la sabiduría jurídica (por ejemplo, *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio, cessante ratione legis cessat et ipsa lex, ubi lex non distinguit nee nos distinguere debemus, inclusio unius exclusio alterius, in eo quod plus est semper inest et minus...*; etc.) y son, por el contrario, el más peligroso instrumento en manos del Juez, a poco experimentado que sea éste en el difícil arte de interpretar. Tienen la apariencia de principios generales y absolutos y no hay ni uno sólo que no sea falso como máxima general; parecen las más de las veces contradictorios y antitéticos, de modo que contra uno que afirma o sienta una regla, es siempre fácil hallar otro que contenga la opuesta y tienen, por el contrario, cada uno su imperio dentro de límites propios, fuera de los cuales adquiere vigor la regla contraria; pero cuales sean estos límites no se averigua.

Y un gran número de errores en la aplicación de los textos legales reconoce como causa directa e inmediata el abuso que se hace de tales aforismos por Jueces y Abogados, precisamente porque, como se ha dicho, son falsos en su generalidad.

2) Las reglas para la interpretación se dan directamente por la doctrina y por la jurisprudencia a las que corresponde en las esferas científica y práctica, respectivamente, elaborar el Derecho o promover su desarrollo.

Sin embargo, es frecuente que el mismo legislador dicte algunas reglas de hermenéutica (normas legales de interpretación), las cuales si corrientemente no se separan mucho de las doctrinales pueden, sin embargo, ser distintas, sobre todo en cuanto determinan una gradación en los medios y elementos a

que el intérprete debe sucesivamente recurrir para regular el caso concreto. En este criterio se inspira el Código nuestro (disposición preliminar 3 y 4), al igual que el Código albertino (artículos 14 al 16) y el estense (art. 7), en él se habían inspirado ya antes el austriaco (§ 6 8) y el prusiano (Einl. § 48-50); en el criterio opuesto, el napoleónico, el parmense y las leyes civiles napolitanas, y más recientemente el Código alemán, que no contiene prescripción positiva alguna sobre el particular (1). Y este último es también, en opinión nuestra, el más correcto, porque no es misión del legislador el dictar normas interpretativas de las leyes (2), y cuando las dicta, como sucede en nuestro ordenamiento, son simplemente directivas, no obligatorias para el Juez y, por consiguiente, prácticamente, casi carecen de valor (3).

Esas normas deberían ser leyes de las leyes, normas superiores rectoras de las disposiciones legales particulares e imponerse al intérprete con absoluta eficacia; pero si ellas mismas son preceptos no pueden, como tales, substraerse a la interpretación. Ningún ordenamiento legislativo es, por esta razón, capaz de dictar normas precisas y absolutas de interpretación, ni un completo sistema de reglas puede contenerse en pocos preceptos sin que se produzca el grave inconveniente (cuando a ellos sea conferida una capacidad normativa, absoluta, de la actividad del Juez) de detener la evolución natural del derecho si es verdad (y ello no se puede dudar) que ésta se realiza merced a la interpretación.

Son más bien reglas doctrinales que tienen este carácter, aun

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El Código civil español sigue también este segundo sistema.

(2) Puede concebirse que el legislador dicte como lo hace el nuestro (artículos 1.131-1.139 del Código civil) normas de interpretación de los contratos, testamentos o en general de los negocios jurídicos, porque ellas constituyen con las demás la disciplina concreta y positiva de tales relaciones

(3) En el mismo sentido ver Scialoja, *Sulla teoria della interpretazione della leggi* (en los Studi per Schupfer, vol. III, págs. 4-5; Degni, obra citada, pág. 161, en sentido contrario Coviello, *Dei moderni metodi d'interpret della legge* (Corte y Appello, 1908, pág. 36).

cuando el legislador las acoge en un Código y las hace propias; no tienen mayor valor que el que suelen tener las definiciones de instituciones o conceptos jurídicos cuando sucede que el legislador (y tal sistema es censurable) asume la función de definir con preferencia a la de mandar o prohibir.

Por lo menos, cuando tales normas reproduzcan exactamente los principios fundamentales formulados por la doctrina, resultan superfluas, como es superflua, y por ello se omite en los Códigos, la expresa manifestación de la norma referente a que el Juez debe aplicar la ley, que ésta debe ser por todos respetada, etc.

3) Una práctica que puede considerarse constante en todas las legislaciones que han seguido el sistema de adoptar normas legales de interpretación, es la de incluirlas en los Códigos civiles ocupando en ellos lugar primordial, pero no obstante el lugar que se les asigna fueron consideradas siempre como normas universales no exclusivas del Derecho privado ni del civil.

Pero ni las así llamadas normas legales ni las doctrinales tienen igual aplicación en todas las ramas del Derecho ni son siempre idénticas en cada una de éstas. La interpretación en cuanto se sirve de medios y elementos diversos para averiguar el contenido de la norma debe inspirarse en criterios distintos, según la naturaleza particular de la rama del Derecho a que la norma pertenece. Esta verdad, que estaba en la conciencia de los juristas, ha sido recientemente expresada (1) y se viene ensayando en las varias ramas del Derecho (2) y reconociendo como exacta. Hay que advertir que no pueden ser iguales los criterios interpretativos en el Derecho privado que en el público por la diversidad de fines y funciones que ambos tienen, y que si corrientemente las reglas generales son aplicables, a veces no lo son o no lo son a todas sus ramas. Así, por ejemplo, la inter-

(1) Scialoja, *Le teorie delle interpretazione*, pág. 5.

(2) Romano, *L'interpretazione delle leggi di Diritto pubblico*; Filangieri, XXIV, 1889, pág. 241 y siguientes; Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, *Arch. giur.*, LXXVII, 1906, pág. 87 y siguientes; Romano di Falco, *La teoria dell'interpretazione delle leggi penali* (Scuola positiva, 1918, página 22 y siguientes).

pretación analógica que se admite, por regla general, no es aplicable al Derecho penal y a todas aquellas leyes que restringen el libre ejercicio de los derechos (disposición preliminar, artículo 4.º); la interpretación evolutiva o progresiva a la que se debe gran parte del desarrollo del Derecho civil y mercantil es inadmisibles en el Derecho procesal, donde las formas que en él imperan no consienten interpretaciones evolutivas. En el mismo campo del Derecho público la interpretación puede y debe ser diversa, según las varias disciplinas del mismo; más rigurosa en el penal y en el procesal, se inspira en criterios menos rígidos en el administrativo y en el constitucional, en los cuales predomina el elemento político y es por tal razón más variable en las relaciones y en los conceptos.

4) Pero, sobre todo, no hay que olvidar nunca, cuando se habla de reglas de interpretación, ya sean doctrinales, ya legales, que no constituyen jamás un sistema completo e infalible de normas cuya mecánica aplicación dé lugar casi automáticamente al descubrimiento del verdadero sentido de la ley. Su verdadero carácter y función es el ser meros auxiliares, criterios generales que deben servir de guía en el proceso lógico de investigación, porque tal investigación no se efectúa con el uso exclusivo de una serie más o menos complejas de reglas de hermenéutica, sino que exige ante todo una clara y fina intuición del fenómeno jurídico, un profundo conocimiento de todo el organismo del Derecho, de la historia de las instituciones y de las condiciones de vida en que las relaciones jurídicas se producen. Es un arte que no se puede enseñar ni es posible encerrarlo en los estrechos límites de un Decálogo. Tienen razón los adversarios del método lógico tradicional cuando niegan que la interpretación puede contenerse en unos cuantos aforismos escolásticos. Y es cierto—sin que ello autorice a reconocer en el Juez una facultad creadora de normas—que en la interpretación hay siempre algo de personal y de arbitrario, porque todo producto de la inteligencia, no puede confinarse en los estrechos límites de unos preceptos fijos e invariables.

Los elementos que constituyen el proceso interpretativo que a su vez representan los medios de que el intérprete se sirve

son, sustancialmente, cuatro: filológico o gramatical, lógico, histórico y sociológico (1).

Al primero se refiere el legislador italiano en la disposición preliminar, art. 3.º: «En la aplicación de la ley no puede atribuirse a ésta un sentido diverso del que revela el significado de las palabras, según el enlace y conexión de las mismas y de la intención del legislador». Ni debe creerse que den lugar a especies diversas de interpretación que puedan elegirse libremente. Si frecuentemente se habla de interpretación *gramatical*, *lógica* o *histórica*, no se quiere con tales designaciones indicar categorías distintas del proceso interpretativo, el cual es único y sólo entre los diversos medios de que se vale y aunque concurren todos a uno u otro de ellos.

a) *Elemento gramatical*.—La primera indagación se dirige, naturalmente, a la significación de las palabras con que viene expresado el precepto. De ellas debe intentarse deducir el pensamiento y la voluntad legislativa, no considerando las palabras aisladamente, sino en su conexión lógica y sintáctica. *In civile est*—lo había ya dicho Celso (2)—*nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel respondere*.

Una misma palabra puede tener significaciones distintas y se adoptará la que se repute más idónea, dada su conexión con las demás del precepto. A menudo ocurre que una palabra tenga

(1) De muy diferente modo los enumeran los escritores. Savigny Sist. I, pág. 221 y siguientes, enumeraba cuatro (gramatical, histórico, lógico y sistemático) otros como Filomusi, Enc., pág. 143, los reduce a dos (gramatical y lógico) en cuanto que en el segundo en un sentido amplio entran el elemento histórico y el sistemático. La cuestión formal de la clasificación no tiene gran importancia con tal que se estimen en su valor todos los elementos especialmente el sociológico, cuya importancia ha sido hoy puesta de manifiesto.

Un notable ensayo de los excelentes resultados que puede dar la aplicación de este criterio ofrece Degni, ob. cit., págs. 282-337. En cuanto al método de interpretación llamado de intuición o intelectualista no debe compartirse el entusiasmo de Geny, *Science et technique en Dr. positif*, París 1914, puesto que con tal método se abriría la puerta al arbitrio judicial.

(2) L. 24 D. I. 3.

un sentido en el lenguaje vulgar y otro distinto en el técnico o jurídico; por regla general debe preferirse este último, porque se presume que el legislador se expresa en términos técnicos, evitando los vulgares. Un ejemplo de tal criterio nos ofrece la palabra «robar» empleada en los artículos 708 del Código civil y 57 del de Comercio, de los cuales el primero (derogando el principio general, que no admite la reivindicación de las cosas muebles frente a tercero de buena fe) consiente la reivindicación de las cosas perdidas o robadas contra cualquiera que las detente; el segundo, derogando la excepción del art. 708 y restableciendo, por tanto, el principio general, dispone que la reivindicación de títulos al portador perdidos o robados no se puede intentar más que contra el que los robó o los halló o contra un poseedor cualquiera de mala fe. En el lenguaje vulgar robar designa todo acto de apropiación delictiva de cosa ajena y comprende también la figura jurídica de la apropiación indebida, la cual según el lenguaje técnico, sería excluida porque éste comprendería tan sólo el hurto. Si se sigue la regla indicada se debe otorgar preferencia a la significación técnica y concluir que la reivindicación no se admite cuando la cosa mueble haya sido sustraída al propietario por apropiación indebida, por abuso de confianza (1).

Sin embargo, este criterio no es absoluto, pudiendo ocurrir que el término de doble significación haya sido empleado en su acepción vulgar (sería un ejemplo la palabra «enajenar», la cual técnicamente significa todo acto de disposición total o par-

(1) Advertimos que si bien sea esta la solución defendida por muchos y en general por la jurisprudencia, otros escritores mantienen la opinión opuesta en cuanto que no aceptan la preferencia del significado técnico o en cuanto para corregir el resultado de la interpretación filológica invocan los ulteriores criterios lógicos e históricos que demostrarían más conforme al espíritu de la ley la doctrina contraria. Ver Segré, *Sulla rivendicazione delle cose mobile* (*Riv. Dir. comm.*, 1907, V, 2, pág. 440 y siguientes); *Di emovo sulla riv. di cose mobili e dei titoli al portatore 'ib.*, página 340 y siguientes, 1909, VII, 2, pág. 166 y siguientes); *Sulla eccezione alla irrivendicab. di cose mobili* (*Foro it.*, 1909, pág. 472 y siguientes); *Sui casi contemplati dall. art. 708. del Código civil* (*Riv. Dir. comm.*, 1919, II, página 22 y siguiente).

cial de un derecho y comprende, por tanto, la constitución de la prenda o hipoteca, mientras en el significado vulgar esta última no vendría incluida, expresión que por regla general es empleada por nuestro Código en su sentido vulgar; ver artículos 679, 1.404, 1.741, etc.) (1) y no es infrecuente que el legislador se exprese con imperfección e imprecisión en el lenguaje empleando términos equívocos o ambiguos o usando para expresar el mismo concepto vocablos diversos que no son completamente sinónimos (así, por ejemplo, la expresión «universalidad de muebles» en los artículos 694 y 707 (2) por la posibilidad de entender tanto la de hecho como la de derecho; la palabra «parientes» (3), empleada en los artículos 326, 327, 338 y 742, por la posibilidad de incluir o no en ella los afines, etc.) (4).

En otros casos el legislador provee a declarar preventivamente el sentido con que emplea algunos términos, como sucede en las expresiones «muebles», «mobiliario» (ver artículos 421 y 424 del Código civil), y la declaración dentro de los límites de su extensión ligará la obra exegética del intérprete.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Al art. 679 del Código italiano corresponde el 399 del Código civil español, al 1.404 el 1.361 y al 1.741 el 1.713.

(2) Id.—El art. 694 citado en el texto, contiene una protección posesoria; materia de índole procesal que no tiene equivalente el Código civil español. Lo mismo ocurre con el párrafo final del art. 707 del Código italiano. El 742 concuerda con el 913; véase también el 436 del Código civil español.

(3) La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en considerar que la voz «conjuntos» (*congiunti*) se emplea por nuestro legislador en el sentido de «parientes» y, por tanto, con exclusión de los *afines*. Fadda y Bensa, en Windscheid, Pand. I, págs. 120-121; Degni, *Interpretazione*, página 239, etc. A este resultado se llega con ayuda del elemento lógico y del histórico; lo cual demuestra la conexión íntima de los tres elementos de la interpretación jurídica.

(4) Otros ejemplos de imprecisión: la palabra «posterior» empleada al lado de testamento en el art. 725, núm. 4, que debía haber sido suprimida. Uno de los méritos mayores del Código civil alemán, estriba en el rigor de la terminología técnica empleada en las particulares disposiciones y en el constante evitar de expresiones diversas (aun siendo perfectamente sinónimas) para expresar un concepto. Lo cual si perjudica la belleza de la forma, ofrece la incomparable ventaja de evitar una serie de controversias para determinar la significación de las palabras.

b) *Elemento lógico*.—Cuando el medio filológico se haya mostrado insuficiente o cuando, en otro caso, haya que controlar o comprobar los resultados con aquél obtenidos, interviene la investigación lógica.

La reconstrucción del pensamiento y de la voluntad del legislador se opera mediante una investigación más profunda y compleja encaminada a establecer los motivos que determinaron el precepto, los fines a que éste tiende, la ocasión en que fué dictado.

Esta investigación de la *ratio*, de la *vis*, de la *occasio legis* consiste en penetrar en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo en ella encerrado. *Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem* (1). El intérprete debe ofrecer la fórmula en relación con la causa justificativa del precepto y con todas las demás normas que rigen en esta materia, así como con los principios que imperan en el sistema legislativo (elemento sistemático).

La *ratio legis* es el motivo de la norma, la razón que la justifica radicante en la necesidad humana que la norma protege, y, por consiguiente, en el fin que persigue: motivo y fin que aparecen inseparablemente unidos, deben por ello corresponderse. La *vis* es la especial virtud normativa, que tiene el precepto y que no deriva de la voluntad subjetiva de quien lo formuló, sino de la eficacia intrínseca y objetiva que adquiere cuando con la formulación externa se separa y se independiza de su autor. La *occasio legis* es la particular circunstancia del momento histórico que determinó la formulación del precepto, ya como norma nueva, independiente de las exteriores, ya como derivación de otros principios generales, precedentemente sentados.

Es evidente que la *occasio legis* si ayuda a la reconstrucción del pensamiento legislativo tiene, sin embargo, una importancia más limitada frente a la *ratio*. Elemento transitorio y contingente sirve a explicar la aparición de la norma nueva en el sistema pero desaparece rápidamente como factor intrínseco de la mis-

(1) Celso fr., 17, D. 1. 3.

ma. Y es claro, además, que realiza el proceso lógico, reconstructivo del pensamiento del legislador, su resultado debe, a su vez, ser comprobado en sus efectos; su valoración sirve de control de la interpretación realizada y si en virtud de esa función se saca de la norma más de un significado se elegirá el que sea más racional o que mejor responda a las necesidades de la vida.

¿Pero qué es lo que debe entenderse por pensamiento o voluntad del legislador? Hubo un tiempo en que se creyó, universalmente, que era la voluntad y el pensamiento del autor de la norma y se dijo que a indagar este particular y subjetivo querer debía encaminarse la actividad del intérprete; hoy tal concepto, es rechazado como falso, especialmente considerando el modo cómo se forman las normas en el ordenamiento moderno. En realidad tampoco antes de ahora fué cierta esa creencia, si bien le daba una apariencia de fundamento el hecho de que el órgano legislativo era una persona física, el Soberano, y el legislador se identificaba con el Príncipe. Pero es aun más falsa hoy en que el poder legislativo no se concentra nunca (al menos para los Estados regidos con sistema constitucional representativo) en la persona de uno sólo y muchas voluntades concurren a la formación de la norma, de modo que la palabra «legislador» se reduce a una mera expresión terminológica. Es el pensamiento y la voluntad de la ley la que debe ser indagada, una voluntad que no es del pasado, ni la de los particulares que concurrieran a formar la norma, ni siquiera la suma de las voluntades particulares, sino que es presente, como si fuese renovada en cada momento y constituye el resultado final de las voluntades de los particulares, de modo que representa el querer común de toda la organización estatal. Se destaca, para decirlo en otros términos, la voluntad de la ley de la persona de su autor y objetivándose se erige en entidad autónoma, con vida propia y que expresa todo el pensamiento que encierran sus palabras y su espíritu, capaz, por tanto, no sólo de regular todas las relaciones que el autor había previsto y considerado, sino también aquellas otras nuevas o distintas que sean atraídas a su propia órbita.

Todo lo que del pensamiento subjetivo del autor por impericia o por otro motivo cualquiera no haya contenido en el pre-

cepto, no tiene valor alguno cuando está ya formado o al contrario su intención particular puede resultar sobrepasada con nuevas aplicaciones de la norma, cuando en la interpretación de la misma se considere posible, sin violar su letra y su espíritu un ulterior y más amplio campo de aplicación que no tenía en el momento en que apareció (1).

c) *Elemento histórico* (2).—Para penetrar plenamente en el pensamiento legislativo no basta buscar la *ratio* o pararse en la *occasio legis*, precisa llevar aún más allá la indagación y estudiar la historia de las instituciones, ya en los precedentes inmediatos y más próximos, ya en los mediatos y remotos. Aquí se manifiesta en todo su valor la gran importancia de los estudios históricos y refulge el mérito de Savigny y de la escuela por él fundada (3). El pensamiento actual no es sino desenvolvimiento y elaboración del pensamiento de ayer; casi no existe institución (especialmente en el Derecho privado que se desenvuelve más lentamente que el público) que no esté enlazada con las de legislaciones anteriores y no halle en éstas sus gérmenes. La representación del Estado y regulación jurídica de la relación tal como eran al tiempo en que la norma se dictó y el retroceso a las legislaciones más antiguas para contemplar luego la serie de sus sucesivos desenvolvimientos, significa el haber realizado las tres cuartas partes del camino de la investigación exegética y haber entendido el valor de la norma mejor de lo que pueda entenderlo el mismo legislador. Nótese que así como la norma es por virtud propia capaz de regular las relaciones jurídicas no previstas por su autor que se den en el futuro, así con frecuen-

(1) El criterio consignado en el texto servirá para resolver dos cuestiones importantes que en materia de interpretación se ofrecen y de las que se hablará más adelante: la del valor que debe atribuirse a los trabajos preparatorios del Código y en general de toda ley y la otra el modo de proceder para la interpretación de las normas jurídicas.

(2) Ver Leoni, *L'elemento storico nelle interpret delle leggi* (circ. giur., 1876, pág. 42 y siguientes); Brugi, *Di un fondamento filos. della c. d. interpretaz. storica*, Catania, 1909.

(3) Ver Nautorowicz, *Was ist uns Savigny*, (en *Recht und Wirtschaft*, volúmenes 2 y 3, 1912); Manigk, *Savigny und der Modernismus ius Recht*, 1914.

cia brota casi espontáneamente de los precedentes históricos, sin que de ello se de apenas cuenta el legislador.

La tradición histórica se convierte, por tanto, en elemento primordial para la interpretación de las leyes, debiendo ser estudiada completamente por el intérprete y valuada en sus momentos todos, sin omitir ninguno, aunque aparezca a primera vista como privada de relieve e importancia; no se olvide que tiene suma trascendencia, no sólo lo que del Derecho preexistente ha pasado al Derecho nuevo, sino también lo que ha quedado fuera del mismo en cuanto que de tal manera se revela el pensamiento de quien legisla.

Como resulta de lo dicho al hablar de la codificación, precedentes históricos inmediatos constituyen las legislaciones civiles de los ex Estados italianos y con ellos el Código francés, así como también el Derecho escrito y consuetudinario de Francia, inmediatamente anterior, del cual deriva directamente el Código de Napoleón. A más de estos precedentes inmediatos, deben ser tenidos en cuenta otros derechos históricos, que contribuyeron a la formación del nuevo: Derecho estatutario medioeval, Derecho canónico, germánico, romano (del que tan gran parte, a través de las profundas modificaciones y transformaciones sufridas en su fusión con el germánico y el canónico, han pasado al nuestro y no pueden ser bien entendidas algunas instituciones sin su concurso) (1).

Un valor especial tienen en esta indagación las labores preparatorias de los Códigos modernos que resultan de los proyectos, de las actas de las Comisiones científicas o parlamentarias, de las relaciones de las discusiones en las Asambleas legislativas.

(1) Particularmente es para nosotros interesante el Derecho de las antiguas ciudades y municipios y la jurisprudencia de los antiguos Tribunales de Italia en que se hallan tantos y tan preciosos gérmenes del Derecho nacional italiano que no han sido sofocados por los elementos extranjeros. Pueden utilizarse en algunas materias, sobre todo para la perfecta inteligencia del Derecho civil actual. Uno de los que más han defendido la utilización de esa riqueza legislativa para la interpretación e innovación de nuestras leyes es Brugi, *Per le storia della giurisprud. e delle Università italiane*, Turín 1915.

No hay conformidad en los escritores sobre la autoridad que les debe ser atribuída y utilidad que de ellas pueda obtener el intérprete, ya que mientras por algunos se exagera su importancia hasta ver una interpretación auténtica del pensamiento legislativo, considerando como violación del texto toda interpretación que se aparte de las declaraciones de sus compiladores (1), otros, o no les atribuyen ninguna o la reducen a la mínima expresión (2). La verdad es el término medio; la solución de la cuestión no puede ser nunca absoluta (3). No todas las partes de los trabajos que preparan un Código, tienen el mismo valor, ni tienen la misma importancia los de una codificación antigua que los de una reciente. Si al texto de reciente formación, dan mucha luz las discusiones de aquellos que lo prepararon, pierden éstas su valor a medida que el momento de su formación se aleja de nosotros y la doctrina y la jurisprudencia promueven la elaboración de la ley; los trabajos preparatorios del Código francés tienen para éste hoy menor valor que los nuestros para el nuestro o los más recientes del Código alemán para éste. Por otra parte, lo tienen mayor los estudios de las Comisiones de preparación y de coordinación, las relaciones finales del Ministro al Soberano, que las discusiones parlamentarias muy frecuentemente tumultuosas o superficiales en las que opiniones opuestas y sentimientos diversos se han manifestado sin que muchas veces resulte claro cuál de ellas haya prevalecido en la votación o en la redacción definitiva del texto.

No es exacto el criterio de que a las labores preparatorias se

(1) Así Saredo, *Tratt. delle leggi*, núm. 595 y siguientes, pág. 412 y siguientes y entre los alemanes Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, I, pág. 312 y siguientes; Wächter, *Handbuch des ius K. Württemberg gelf. Rechts*, II, pág. 146.

(2) En tal sentido entre los alemanes Kohler, *Grünhuts Zeitschrift*, XIII, página 20 y siguientes; Mortara, *Comm. pr. civ.*, I, núm. 75, pág. 81.

(3) Generalmente es esta opinión intermedia la acogida por los escritores; ver Fadda y Bensa, en Windscheid, *Pand.*, I, pág. 119 y siguientes; Pacifici, *Ist.*, I, pág. 74. núm. 6; Venzi, págs. 85-86; Filomusi, *Enc.*, página 144; Degni, *ob. cit.*, págs. 252-253; Regelsberger, *Pand.*, I, § 36, página 150; Brinz, *Pand.*, I, § 29, pág. 140.

deba recurrir cuando el texto de la ley es dudoso (I), porque ello implica el concepto erróneo de que sólo las leyes obscuras o dudosas necesitan de la interpretación.

d) *Elemento sociológico.*—Cuando con la ayuda de los elementos aislados el intérprete haya reconstruido el pensamiento del legislador completamente, otro campo de indagación se abre ante el que no le es lícito olvidar sin faltar a su alta misión. La ley, lo digamos ya antes, es pensamiento y voluntad del presente no del pasado; vive como un producto orgánico y con capacidad para desenvolverse por sí propio en la medida en que se desenvuelven las relaciones de la vida a cuya regulación tiende.

Conviene que se adapte a las relaciones nuevas o transformadas, hasta que su virtud intrínseca de expansión no halle obstáculos en una voluntad manifiesta y contraria del precepto legislativo. Y puesto que la vida social se transforma y desenvuelve constantemente a impulso de una serie de factores diversos, como son el sentimiento ético, la constitución política, la conciencia jurídica en general, hay que tener en cuenta estos factores sociales, ya que revelan no simples tendencias o actitudes transitorias del espíritu de la comunidad sino índices de un cambio en las cosas y en los conceptos. Se debe en otros términos ensayar y comprobar por el intérprete los resultados obtenidos, merced a los demás elementos, poniéndolos frente a la realidad de la vida tal como la han forjado las transformaciones producidas por la evolución; indagar si corresponden a las necesidades reales y actuales que pudieran ser diversas de las que previó el legislador, templar al aplicar la norma su interpretación de modo que corresponda más adecuadamente a las necesidades y fines prácticos del momento.

Con ello no se entienda que esta investigación positiva y teleológica autorice nunca al intérprete a modificar la norma a su arbitrio o desaplicarla cuando no corresponda a las nuevas necesidades o a las variadas tendencias de la sociedad, sino sólo que hasta lo que permita el precepto sin artificios ni hipocresías,

(1) Ver Laurent, *Cours. elem. de Dr. civ.*, I, pág. 15 P aniol, *Traité elem. de Dr. civ.*, I, núm. 218, pág. 88.

considerado en el conjunto íntegro de la legislación vigente, pueda ser suavizado en su aplicación para que resulte más conforme al sentimiento general de la época y a la nueva orientación de la conciencia social. Y con mayor razón será autorizado el intérprete a considerar todo esto cuando de tales sentimientos nuevos haya penetrado algo en la legislación; la norma antigua, pero vigente, a la cual aquel nuevo pensamiento era absolutamente ajeno, no puede menos de sentir, aunque sea tímida o parcialmente, los efectos del reconocimiento que el legislador le ha dado posteriormente en otras disposiciones.

§ 18.—*Especies y métodos de interpretación*

Filomusi, Enc. § 38; Brugi, Ist. § 3; Pacifici, Ist. I, pág. 60; Gianturco, Sist. I, pág. 113; Chironi, Ist. I. § 11-13; Chironi y Abello, Tratt. I, págs. 57-65; Coviello, Man. I, §§ 24, 27-30; Crome, Par. gen, § 8; Savigny, Sist. I, §§ 32-46; Windscheid, Pand. I, § 23; Regelsberger, Pand. I, §§ 35, 37, 38.

Mientras el uso de los varios elementos interpretativos no da lugar cada uno a un tipo diverso de interpretación se puede por el contrario hablar de especies diversas de la misma según que se tenga en cuenta el resultado a que se llega o la fuente de donde deriva.

I. Por el resultado se debe distinguir la interpretación *declarativa* de la *restrictiva* y de la *extensiva*, que representa algo más que un simple proceso de interpretación, constituyendo verdadera y propia integración de las normas.

Si el proceso interpretativo consiste, en efecto, en la investigación de la voluntad legislativa (y no de la voluntad subjetiva del autor de la ley, como hemos ya demostrado, sino de aquella objetivada en el texto de la norma), porque para expresar ésta puede usarse una fórmula inadecuada, el resultado de la indagación será necesariamente uno de los tres siguientes: o reconocer que la fórmula coincide exactamente con el pensamiento legislativo, es decir, que lo expresa acertadamente o en constatar que expresa menos de lo que fué querido (*minus scripsit quam*

voluit) o que expresa más (*plus scripsit quam voluit*); en el primer caso, la interpretación es declarativa; en el segundo, extensiva, y restrictiva, en el tercero.

Cierto es que toda interpretación puede considerarse declarativa porque el fin del proceso interpretativo es precisamente declarar el contenido efectivo de la norma; pero si se mira el resultado final a que se llega en los dos últimos casos de dar a la fórmula del precepto un contenido más amplio o más restringido del que la letra revela bien se puede para distinguirla designar como declarativa aquélla en la que tal fenómeno no se verifica. Y esta es la interpretación que normalmente tiene lugar; ya tanto se dirija a explicar un texto claro o uno obscuro y ambiguo, ya una sola palabra del precepto o la fórmula completa del mismo, suele siempre quien legisla cuidar mucho de la elección de las palabras y de las expresiones técnicas para que ellas resulten adecuadas al concepto y éste resulte completo al indicar todos los casos considerados por el legislador.

A veces, sin embargo, sucede que la expresión no responde al pensamiento o no lo revela exactamente: otros casos, además de los expresados, fueron también considerados por el legislador y se quiso que fueran sometidos a la norma, que según la letra no los comprende, o bien varios casos aparecen en ella comprendidos, que según la intención de la ley no debieran incluirse; en tales hipótesis debe el intérprete comprender aquéllos (interpretación extensiva) y excluir éstos (interpretación restrictiva), porque sólo así se respeta la verdadera voluntad legislativa. No consigue el procedimiento en una ni en la otra hipótesis la corrección de la norma, por serle prohibido al intérprete, no teniendo hoy como tenía el Pretor romano la facultad de corregir el Derecho objetivo (1).

Antes al contrario consiste en la determinación precisa de su contenido real, restableciendo el valor efectivo frente a la ex-

(1) Si el Pretor tiene esta facultad a más de la de integrar y cooperar al desarrollo de *ius civile* (l. 7, § 1. D. 11, *Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*) ello obedece a ser uno de los órganos más importantes de creación del Derecho en Roma.

presión inadecuada la cual viene rectificada conforme a la voluntad legislativa. Así, por ejemplo, cuando el Código civil dicta en materia de *contratos* algunas reglas generales sobre sus efectos, causa o interpretación de la voluntad (artículos 1.123 (1), 1.131, etc.), éstas deben extenderse (hasta donde sean aplicables y compatibles con la naturaleza del negocio) a los negocios jurídicos, en general, de los cuales los contratos constituyen una especie. Si habla, por ejemplo, de *venta* (art. 1.597) y no resulta que la norma se limita a esta forma única de enajenación, la disposición debe extenderse a todo acto alienativo. Y contrariamente, cuando en el art. 1.153 se declara al padre responsable de los daños causados por un hijo menor que vive en su domicilio, la disposición debe interpretarse restrictivamente, es decir, en relación tan sólo a los hijos menores sometidos a su potestad y con exclusión de los emancipados.

Dictar reglas o preceptos a seguir para practicar una u otra interpretación sería inútil. Nosotros no nos ocuparemos de tales criterios. Son incompletos, vagos e indeterminados. Hay que hacer dos observaciones que sirven para evitar errores y equívocos muy frecuentes.

Se considera por muchos, en primer término, que la interpretación extensiva no es aplicable a un derecho singular o excepcional y se invoca como fundamento de tal doctrina el art. 4.º de las disposiciones preliminares: «Las leyes penales y las que restringen el libre ejercicio de los derechos o constituyen excepción de las reglas generales o de otras leyes, no se extienden más allá de los casos y tiempo en ellas prefijados». Esta doctrina—lo hemos dicho ya—la consideramos falsa y deriva de una deplorable confusión de la interpretación extensiva con la analógica, en la cual, si se da una extensión, ésta tiene lugar respecto a casos que, no sólo no están comprendidos en la fórmula, sino que ni siquiera entran en su intención. El Derecho singular, y con él el Derecho penal y toda otra ley excepcional, no es menos que el común, susceptible de interpretación extensiva, porque donde resulta que la norma deba aplicarse, según su espíri-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 1.258 y 1.281 del Código civil español.

tu, a un número de casos mayor que el que la palabra literalmente interpretada abarcaría, no hay razón para no hacerlo, y es más bien una obligación el proceder a la interpretación extensiva si se quiere respetar la voluntad de la ley. La prohibición del art. 4.º se refiere únicamente al procedimiento analógico. En segundo lugar, se suele afirmar que algunas disposiciones no deben interpretarse restrictiva o extensivamente, debiendo atenderse al significado literal del precepto. Así, por ejemplo, se dice que las favorables o benignas no deben interpretarse restrictivamente y que las que limitan el ejercicio de los derechos no deben interpretarse extensivamente. Y se habla a propósito de disposiciones que contienen enumeraciones de casos, no por vía de ejemplo (tal es el caso del art. 134 del Código civil). Ahora bien, este lenguaje es completamente inexacto y fuente continua de graves errores de interpretación. Lo que se quiere expresar es el deber de atenderse rigurosamente al significado literal, no admitiéndose una limitación del beneficio o una extensión del disfavor con la reducción o aumento de los casos expresados en la fórmula. Pero esto no es sino el resultado normal del proceso interpretativo en la interpretación declarativa; esto es, que el uso de los demás medios y elementos ha demostrado que el pensamiento legislativo se halla completamente contenido en la fórmula, de modo que ni hay omisión de casos que deban incluirse en ella, ni hay más que los que ella contiene.

II. Profundamente diverso del procedimiento de la interpretación extensiva es el de la *analógica* (I).

Se basa ésta en un doble supuesto: que, por un lado, el legislador, no obstante su mayor esmero en la formulación de los preceptos, no consigue nunca expresar ni prever todos los casos posibles para regirlos con normas adecuadas; por otro, que a todo caso concreto se debe dar siempre una solución, según las reglas de Derecho, no pudiendo las relaciones jurídicas, por nuevas e imprevistas que sean, quedar sin regulación. Esta necesidad existe siempre, haya o no contestación judicial, pero aparece con mayor evidencia en el caso de existir en que al Juez in-

(1) Ver Ruggiero, *Analogia* (en *Diz. prat. di Diritto privato*).

cumbe el deber de decidir toda controversia a él sometida y decidirla aplicando las normas de Derecho vigente; es un deber suyo, aunque no se halle expresamente establecido en la ley, pero que a menudo, para hacerlo más preciso y absoluto, la ley expresamente sanciona con la conminación de sanciones penales para quien, con pretexto de silencio, obscuridad, contradicción o insuficiencia de las normas de Derecho, se niegue a fallarlo (Código penal, art. 178; Código de procedimiento civil, art. 783 núm. 2.º; Código civil francés, art. 4.º).

Cuando en la legislación no se halle una norma aplicable al caso porque éste no fué previsto, entra en juego la analogía (1). Su creencia consiste en una proporción, en un criterio de armónica igualdad, el cual funciona de modo que una misma disposición se aplique a casos no previstos, pero semejantes a los previstos (2), y el procedimiento propio consiste en una abstracción lógica, en virtud de la cual, de las normas expresas y

(1) De naturaleza muy distinta y no utilizable por el intérprete, es el procedimiento de la ficción legal que también conduce al resultado de aplicar una norma a un caso no contemplado.

Por ella se finge un hecho distinto del real representándose como existente (si no existe) o existente (si existe) un elemento cuya ausencia o presencia impide que se aplique la norma dictada por el legislador y de este modo se hace entrar en ésta el caso nuevo que de otro modo no vendría incluido, consiguiéndose así ensanchar el ámbito de la regla sin modificarle. El uso de las *fictiones* fué amplísimo entre los romanos que recurrieron a él para atender a las nuevas necesidades sin alterar los preceptos de derecho; hoy es casi nulo. No puede consentirse al intérprete sino únicamente al legislador, teniendo en cuenta la modificación substancial que la norma recibe; que si el Pretor romano pudo recurrir frecuentemente a él como demuestran los múltiples ejemplos de *fictiones* pretorias, la razón está en su función de órgano productor del Derecho; ver Demelino, *Die Rechts fiction in ihrer geschitlichen und dogmatischen Bedeutung*; Weimar, 1858; De Ruggiero, *Funzione legale* (en el *Diz. prat. di Diritto privato*); Fadda *Teoria del negozio giuridico*, pág. 156 y siguientes.

(2) Y también es este el concepto de los antiguos como aparece en la definición de Isidoro Orig, 1. 27; *Analogia grae. e, latine similitium comparatio sive proportio nominatur cuius haec est vis, ut quod sabium est, ad aliquod simile, quod non est dubrien, referatur ut incerta certos probentur*; y en otra de Aulo Gelio, Noct. att. II, 25; *Αναλογία est similitium similis sechnatio quam quidam Latine proportionem vocant*.

particulares, se llega al principio que las gobierna para hallar en éste una regla más amplia que abraza el caso previsto y el no previsto. El mismo proceso de abstracción puede tener gradaciones diversas, según que la regla más amplia, idónea para el caso no previsto, se halle en la materia misma a que pertenece el caso previsto o en una materia análoga; en otros términos, las generalizaciones, merced a las cuales el intérprete opera, pueden detenerse en un primer grado o dilatarse a grados ulteriores hasta que sea hallada la norma general. Lo que es siempre necesario para que pueda hablarse de procedimiento analógico, es que el caso no regulado sea *semejante* al previsto, que tenga con él uno o más elementos comunes siendo los demás distintos; si fuese *igual*, se debería aplicar la norma particular contenida en la ley y no una diversa, merced a la interpretación extensiva; si fuese completamente diversa no se recurriría a la analogía, sino a los principios generales del sistema o a otros criterios más amplios, como con atrevida innovación ha hecho el Código civil suizo.

Refiriéndose a estos diversos grados de generalización, la escuela distingue una *analogia legis* que tiene lugar cuando una norma existente se aplica a un caso no contemplado, pero perteneciente a la misma materia, de una *analogia iuris* que tiene lugar cuando se opera con principios que regulan una materia análoga, o bien con los principios generales del sistema. Tal distinción no tiene, como dijo Binding (1), valor práctico y muy poco doctrinal, tanto más cuanto que no existe acuerdo en lo referente a los límites de ambas categorías.

Del procedimiento analógico, como medio de integración de las leyes, se hace mención en la segunda parte del art. 3.º (2) de la disposición preliminar: «Cuando una cuestión no pueda decidirse con una disposición legal, se recurrirá a las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas. Cuando ni

(1) *Strafrecht*, pág. 216.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — En el Código civil español no existe esta aplicación del sistema de interpretación analógica; el párrafo 2.º del artículo 6.º dispone que cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho.

aun así pueda decidirse el caso, se recurrirá a los principios generales del Derecho»; con tal norma se indica al intérprete el camino para que pueda hallar en el sistema los preceptos aplicables a los casos no previstos, y el camino es el que la doctrina enseña. No nos parece exacta la doctrina recientemente sostenida (1), según la cual el procedimiento analógico no puede ser aplicado por el Juez sino cuando el legislador lo autorice expresamente; no precisa para que sea admitida la analogía una expresa declaración de la voluntad legislativa, porque ella constituye un medio natural de integración del Derecho y una necesidad ineludible frente a los casos estudiados, y por ello es siempre implícita en todo ordenamiento (2). Lo que sí se concibe bien es la prohibición expresa de usar en ciertos casos del sistema analógico, prohibición que se da, como ya se ha dicho, para leyes que restringen el ejercicio de los derechos o constituyen una excepción a las reglas normales (disposición preliminar, artículo 4.º)

En cuanto a los principios generales, no son, como se creyó en un tiempo, ni los principios fundamentales del Derecho natural, ni los del Derecho romano, sino los principios del Derecho positivo italiano (3), tal como se deducen de todo el sistema orgánico. Podrán por casualidad coincidir con los principios racionales o romanos, en cuanto que las concepciones de las escuelas filosóficas y de los jurisconsultos romanos hayan pasado a nuestras leyes, pero lo que les da valor de principios generales es su *recepción* en el Derecho vigente.

(1) Donati, *Il problema delle lacune*, págs. 46-57.

(2) Una prueba muy elocuente la ofrece el hecho que una disposición particular relativa a la analogía se incluyó en el Código civil alemán pero fué luego suprimida por considerarse superfluo el autorizar al intérprete hacer uso de la analogía; es débil la argumentación que en contrario hace Donati, ob. cit., pág. 50, núm. 1, para restar valor a tal precedente.

El mismo art. 1.º del Código civil suizo que adoptando una fórmula nueva no hace mención de la analogía, no impedirá, a mi parecer, el que el Juez suizo recurra a ella; la relación que lo acompaña debida a Huber e inspirada en una amplia libertad judicial no se opone a ella.

(3) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand., I, página 124 y siguientes.

En el criterio de una más amplia libertad judicial se ha inspirado el legislador suizo; siguiendo las corrientes doctrinales nuevas ha omitido toda mención de las orientaciones que el Juez debe seguir en la interpretación y le ha autorizado a aplicar, faltando una disposición legal o consuetudinaria, las normas que él dictaría si fuera legislador (1).

Según la fuente, la interpretación puede ser «doctrinal, jurisprudencial (judicial, usual) y auténtica (legal, legislativa)» (2).

La primera deriva de la obra de los doctos, que, desde un punto de vista especulativo y teórico, someten a exégesis los textos e intentan reconstrucciones sistemáticas o señalan al legislador las reformas a realizar; la segunda dimana de la actividad práctica de los Tribunales, que aplican a los casos concretos de la vida *las normas vigentes* y las interpretan (3). Pueden co-

(1) Según el texto italiano el art. 1.º dice: «La ley se aplica a todas las cuestiones jurídicas, a las cuales pueda referirse la letra o el sentido de una disposición suya. En los casos no previstos en la ley, el Juez decidirá según la costumbre y en su defecto según la regla que él adoptaría si fuese legislador. El se atiene a la doctrina y a la jurisprudencia más autorizadas» Sobre este artículo ver el trabajo de Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1.º des Schweiz. G. G. B.*, Bern, 1908; Brugi, *L'analogia di Diritto e il così detto giudice legislatore* (*Dir. comm.*, 1916, I, página 262 y siguientes) donde el autor demuestra que esta norma del Código suizo no es substancialmente diversa del art. 3.º de las disposiciones preliminares del Código civil italiano.

(2) Otros siguen un criterio distinto de clasificación y otros niegan toda posibilidad de distinción. Hablan los primeros solamente de dos categorías: la *interpretación pública o por vía de autoridad* en la cual se incluirían la judicial y la auténtica e *interpretación privada* que sería la doctrinal (Chironi y Abello, *Tratt.*, I, pág. 57; Aubry et Rau, *Cours de Dr. civil*, I, § 38, pág. 186); los segundos reducen todas las clases de interpretación a la doctrinal (Coviello, *Man.* I, pág. 67; Landucci en Aubry et Rau, obra citada, pág. 644 y siguientes). El primer sistema no excluye la sub-distinción de la interpretación pública en auténtica y judicial y por ello es mejor adoptar la triple distinción. En cuanto al segundo grupo de autores hay que oponerle que la interpretación legislativa no puede suprimirse si como se demuestra existe de hecho y tiene una razón de existencia.

(3) Ver el ensayo de Coviello, *Gli errori della giur. e i suoi trionfi* (*Giur. it.*, 1918, IV, pág. 33 y siguientes).

incidir, sobre todo, los textos claros, pero frecuentemente son diversos, y no son raros los casos de disposiciones interpretadas por la jurisprudencia de modo contrario o diverso a como las interpreta la doctrina. Ambas no tienen más autoridad que la moral, que procede de la sabiduría del jurista o de la autoridad del Tribunal; la constante y uniforme adopción de la misma interpretación no puede impedir que para un caso ulterior e idéntico se dé una nueva y diversa interpretación de la misma norma: La *auctoritas rerum similiter iudicatorum* y el *usus fori* no son fuentes de Derecho ni constituyen interpretación obligatoria.

Esto distingue netamente la interpretación doctrinal y la jurisprudencial de la auténtica (1). Es auténtica la hecha por el legislador cuando a una norma que haya dado lugar a dudas y contradicciones se le señala su valor y alcance con una interpretación autoritaria, mediante una ley. Tal interpretación es obligatoria para todos y vincula al intérprete a estimarla y entenderla según el valor y en el sentido que le ha sido atribuido por el legislador.

Contra la interpretación auténtica se han hecho muchas objeciones, observándose por algunos que la misión del legislador no es interpretar las normas sino dictarlas; por otros, que sólo aparentemente puede hablarse de normas interpretativas, porque cuando se interpreta por el legislador éste no hace sino dictar una nueva norma.

La última objeción es especiosa. Si la ley interpretativa se dirige a declarar el sentido de otra ley, y en nada modifica la legislación anterior, no puede decirse que establezca una norma nueva; el pensamiento legislativo queda tal cual era, salvo que antes, debido a ambigüedad de la fórmula, no podía penetrarse su sentido, y ahora se ha aclarado por la susodicha explicación.

Conviene por ello distinguir las leyes que se limitan a declarar el significado de una precedente y las que introducen una norma completamente diversa; y no hay que fijarse sólo en su

(1) Cammeo, *L'interpretazione autentica Giur. it.*, 1907, parte IV, página 305.

formulación externa, porque, aun cuando el legislador la haya declarado interpretativa, puede contener un precepto nuevo que le prive de tal carácter. Ello tiene una gran importancia práctica si se considera que las leyes no tienen, por regla general, efecto retroactivo, mientras que la interpretativa sé retrotrae a las relaciones anteriores.

Más grave es la primera objeción: la historia misma de la interpretación demuestra cómo la tendencia general es limitar lo más posible esta facultad del legislador para no detener con una declaración auténtica y universalmente obligatoria el libre desenvolvimiento del Derecho, merced a la obra de la doctrina y la jurisprudencia. Se exageró su uso al final del Imperio romano, cuando, convertido el Emperador en órgano único de creación del Derecho, afirmó Justiniano que sólo al Príncipe debía recurrirse para interpretar las leyes obscuras (1); otros sistemas adoptados por otras legislaciones fueron excesivos y perjudiciales al obligar a los Jueces a dirigirse en los casos dudosos al Poder legislativo para provocar la declaración interpretativa del texto (2). Esta intervención del legislador en las contiendas ju-

(1) L. 2. § 21. C. 1. 17. *Siquid vero ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum hoc ad imperiale culmen per indices referatur et ex auctoritate Auguste manifestetur cui soli concessum est leges et condere et interpretari*; ver también l. 12. § 3. C. 1. 14. Sin embargo de este y otros pasajes no se debe deducir que Justiniano hubiese desterrado la interpretación doctrinal y la judicial; ver Ferruni, Pand., pág. 28 y siguientes.

(2) En Francia rigió hasta 1837 el sistema del *référé au législateur* en los casos de conflicto entre las sentencias de la casación y de los demás Tribunales «de mérito». Una ley de 24 de Agosto de 1790 impuso a los Jueces la obligación de recurrir al Cuerpo legislativo para la interpretación, más tarde otra de 16 de Septiembre de 1807 confirió este poder al Consejo de Estado hasta que fué abolido por la ley de 1.º de Abril de 1837. Una semejante obligación existía a cargo del Juez en el Derecho prusiano (*Allgemeines Landrecht, Einl.*, § 47) y facultad de dirigirse al Poder legislativo, tuvo también el Tribunal Supremo de Justicia en el reino de Nápoles según el art. 131 de la ley de 19 de Mayo de 1817, cuando luego de una primera anulación, la sentencia del Tribunal a que se había recurrido fuese de nuevo impugnada por las mismas razones que lo había sido la primera sentencia; ver Planiol, *Tr. elem. de Dr. civ.*, I, núm. 208, página 85 y siguientes; Degni, ob cit., pág. 68 y siguientes.

diciales no estaba desprovista de graves peligros, y fué por ello pronto abandonada, suprimiéndose toda institución encaminada a provocar la interpretación auténtica. Pero ésta, como ejercicio de una facultad inherente al poder soberano del legislador, subsistió, y no puede suscitar censuras cuando sea ejercitada con cautela en los casos anfibológicos para dar certeza y determinación al Derecho (1).

La reconoce expresamente el Estatuto del reino al disponer en el art. 73 que «la interpretación de las leyes de modo obligatorio para todos corresponde exclusivamente al Poder legislativo», el cual, si se inspiró en el concepto meramente negativo de excluir la fuerza obligatoria de toda otra interpretación, constituye la prueba más segura de la existencia de la interpretación legislativa en nuestro ordenamiento (2). Y hubo aplicaciones prácticas, en relación a las leyes de carácter político y financiero (3), por la presión más enérgica que la tutela de un interés

(1) A asegurar la uniformidad de las interpretaciones judiciales se encaminó la institución de la Casación que preside la exacta interpretación de las leyes y ejerce una función reguladora (Cód. de Pr. civ. art. 517 y siguientes) sobre todo hoy que abolidas las Cortes supremas regionales de Casación es única para todo el reino. Sin embargo, no es ilimitada la libertad de los Jueces: cuando luego de la Casación de una primera sentencia, el Juez a quien se recurre se pronuncie de modo diverso al de la Casación y su sentencia sea impugnada de nuevo por los mismos motivos, la Casación pronuncia en secciones unidas y el tercer Juez «de mérito» o sea el segundo a quien se ha recurrido, está obligado a someterse a la decisión de la Casación sobre el punto de derecho por éste declarado (Cód. de Pr. civ., art. 547). Para noticias históricas y propuestas de reforma de la institución, ver Calamandrei, *La cassazione civile*, en 2 volúmenes, Turín 1920).

(2) Insisten en los peligros que puede ocasionar la interpretación auténtica, Zucconi, *Mezzi piu idonei per attuare l'interp. autentica (Relax al segundo Congr. de Mag. it)*, Nápoles 1913; Barthelemy, *De l'interpret des lois par le legislature (Rev. du Dr. publ., 1908, II, pág. 456 y siguientes)*; Stolfi, *Dir. civ.*, I, pág. 593.

(3) Por ejemplo, la ley de 11 de Agosto de 1870 respecto a las leyes de 7 de Julio de 1866 y 15 de Agosto de 1867 sobre corporaciones religiosas y liquidación del patrimonio eclesiástico; la de 8 de Julio de 1904 respecto al art. 3.º de la ley de 17 de Mayo de 1900 sobre crédito municipal y provincial; la ley de 27 de Abril de 1911 sobre la estabilidad y li-

fiscal o político suele ejercer en los órganos legislativos del Estado.

La característica particular de estas leyes es la de ser retroactivas. Esta retroactividad, a su vez, no es más que mera apariencia, porque cuando a una norma precedente el legislador autoritariamente atribuye un significado, no es ya la ley de interpretación la que regula directamente las relaciones jurídicas, sino la anterior a que se refiere, y es natural que, conforme al principio general, las relaciones formadas bajo la ley que se interpreta continúen siendo reguladas por ella, entendido su contenido como el legislador lo ha determinado (1).

III. El concepto y el método que hemos trazado de la interpretación, es el que según nuestra opinión mejor responde a la misión del intérprete en el actual ordenamiento jurídico.

Hay escritores que van mucho más adelante y quisieran que el Juez se hallare desligado de todo texto legal cuando estos resulten anticuados o inidóneos para la regulación de las nuevas relaciones. Otros más templados admiten una cierta libertad de creación en el Juez cuando la legislación no es aplicable, rechazando los expedientes de la interpretación extensiva y analógica; otros se fijan preferentemente en el fin práctico. Así se han venido delineando en estos últimos tiempos, en que toda la teoría de la interpretación ha sido revisada, nuevos métodos de interpretación que siendo diversos entre sí se oponen todos al tradicional, fundado exclusivamente en el uso de reglas lógicas.

El método lógico tradicional contra el que se dirigen todas las censuras, quiere que se investigue siempre la voluntad del legislador y que esta voluntad se mantenga siempre firme no obstante el cambio en las concepciones y la multiplicidad y cons-

cenciamiento de los veterinarios municipales respecto al art. 20 de la ley de 26 de Junio de 1902, el Decreto-ley de 9 de Julio de 1916 que contiene normas de interpretación auténtica para la aplicación del art. 2 del Decreto-ley de amnistía de 29 de Diciembre de 1915. El Decreto-ley de 21 de Octubre de 1915 que interpreta el texto único sobre las pensiones de 21 de Febrero de 1895.

(1) Se hallan excluidas solamente las relaciones reguladas por transacción o con sentencia que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada (Código civil, artículos 1.772, 1.351).

tante transformación de las relaciones sociales; quiere que a esta indagación se aplique el proceso lógico de la deducción, no admitiendo otras normas que no sean las dictadas por el legislador y señala para la investigación de las no expresamente formuladas los demás procedimientos de la lógica formal y sobre todo el de la analogía.

A él se opone por un lado el método de la libre investigación del Derecho por parte del Juez, el de la decisión inspirada en la naturaleza real de las cosas y en el Derecho justo aun cuando se oponga al Derecho positivo vigente; por otro, el método histórico-evolutivo, según el cual concebida la ley no como manifestación de la voluntad de su autor sino como entidad distinta, autónoma e independiente de la persona del legislador, es posible que le sea conferida una capacidad de adaptación a todas las exigencias y condiciones nuevas de la vida con tal que resulte respetada la letra del precepto; y el positivo y teleológico que quiere investigar el fin práctico de las normas particulares independientemente de la intención del legislador cuando ha regulado expresamente la relación y abandonado la falsa posición del descubrimiento de una intención imaginaria y cuando la regulación falta se deduce de las necesidades mismas, de la observación objetiva y positiva de los hechos, de la ponderación concreta de las exigencias reales y de las utilidades prácticas, el criterio para la determinación de la norma mejor adaptada al caso (1).

(1) No es posible ofrecer un índice completo de los trabajos publicados por aquellos que sostienen las nuevas ideas ni sería fácil hacer categorías netas según sus varios métodos porque muchos representan sentencias mixtas.

Ver, entre otros, Kohler, *Ueber die interpretation von Gesetzen* (euss Grunhsts zeitschr. f. d. priv. und öff Recht, XIII, 1886, pág. 1 y siguientes y en *Krit Vurteljahresschrift. f. Gesetzgebung und R. W.* XXXVI, 1894); Geny, *Methode d'interpretation et sources en Droit privé positif*, París 1899; Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und frie Rechtswissenschaft*, Leipzig 1903; Stampe, *Rechtsfindung surch Konstruktion* (*Dent. jur. Zeitung*, X, 1905, página 417 y siguiente y otros artículos, 713, 1.018); Stamler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlín 1902; Iung, *Positives Recht (Testschrift)*, Giessen, 1907; Kantorowicz (Guaerus Harius) *Der Kampl um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906 (traducción italiana de Majetti de la 2.^a ed., Palermo 1908; Saleilles, *Ecole historique et Droit naturel* (*Rev. trim. du Dr. civ.*, 1. 1902,

Por caminos distintos tienden todos estos sistemas a conseguir de una manera más completa, más racional y más moderna las altas finalidades del Derecho, a poner el organismo de la legislación en más directo contacto con las multiformes manifestaciones de la vida actual, a hacer más fácil y rápida la obra de integración de la ley por parte del intérprete, a sacudir el yugo del formalismo rígido e inflexible que el uso de la lógica pura lleva consigo. No hay que olvidar que fueron los excesos del método lógico, las sutilezas de sus artificios dialécticos, y la exagerada confianza en las escasas reglas escolásticas convertidas en mano de los prácticos en infalible expediente para resolver todas las relaciones, las causas que provocaron como reacción la mayor libertad del Juez invocada por los modernos escritores; y

página 80 y siguientes); *Les methodes d'enseignement du Droit* (*Rev. int. de l'enseign.*, 1902); *Methode historique et codification* (*Atti del congresso storico*, Roma 1904, IX, pág. 3); *Le code civil et la methode historique* (*Livre du centenaire*, 1, pág. 95 y siguientes); *I fattori di interpretazione giuridica* (Corte d'Apello, IX, 1908); Van der Eyeken, *Methode positive de l'interpretation juridique*, Bruselles 1907; Brütfl, *Die kunst der Rechtsanwendung*, Berlín 1907; Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, Zurich 1906; Di Carlo, *Dei unovi metodi d'interpret del Diritto*, Palermo, 1919. Pertenecen a la llamada escuela la de la libre investigación, Ehrlich, Stampe, Stamler y sobre todos Kantorowicz y su traductor italiano Majetti, también Galdi, *Le riforme della legisl del Dir. priv. e la scuola del Diritto libero* (*Riv. giur. esoc.*, 1906, pág. 481 y siguientes; 1907, pág. 145 y siguientes).

Defensor del método histórico evolutivo es Saleilles y entre nosotros Degni en la obra antes citada y un gran ilustrador del método teleológico es Van der Eyeken. De todas estas doctrinas pueden leerse resúmenes y críticas en Degni (que ilustra con abundancia de datos y argumentos el método histórico evolutivo); en Coviello, *Dei moderni metodi di interpretazione della legge* (Corte d'Apello, 1908, IX, pág. 1 y siguientes); Grisostomi, *Di alcune recente teorie sulle fonti e sulle interpretazione nel Diritto privato*, Frascati, 1904; en Polacco, *Le cabale del mondo legale*, Venecia, 1908; Donati, *Il problema delle lacune nel ordinamento giuridico italiano*, Milán 1910; Ferrara, *Potere del legislatore e funzione del giudice* (*Riv. Dir. civ.*, III, 1911, pág. 490 y siguientes); Pacchioni, *Ipoteri creativi della giurisprudenza* (*Riv. Dir. comm.*, 1912, pág. 40 y siguientes); Miceli *La scuola libero del Diritto* (*Am. della bibl. fil.*, II, 1913, pág. 436 y siguientes); ver también Cesarini Sforza, *Il modernismo giuridico* (Filang, XXXVII 1912, pág. 373 y siguientes).

también ésta sufrió extravío cuando más bien que limitarse a secundar y fecundar los gérmenes latentes del Derecho positivo sobrepuso el Juez al legislador y le confirió la potestad, no sólo de integrar la ley sino también de desaplicarla y reformarla.

En cada uno de esos nuevos métodos hay elementos buenos y ciertos pero contienen extremos falsos, exagerados y unilaterales.

Es demasiado radical el sistema de la libre investigación que alguien ha juzgado revolucionario y anárquico. Mayor mérito posee ciertamente el método histórico-evolutivo, que ha recibido de Saleilles un vigoroso impulso, pero también peca de indeterminado e impreciso en sus contornos cuando afirma que a la voluntad legislativa expresada en la norma se pueda y deba dar un contenido diverso cuando las exigencias de los tiempos lo aconsejen sin determinar los medios ni fijar los límites precisos para que esta transformación de contenido no degenerare en arbitraria. No menor es el peligro del método teleológico puro a pesar de ser científicamente correctísimo el principio en que se inspira.

Esta cuestión del método va estrechamente unida a otra de la que hemos hablado precedentemente: la de si existen lagunas en el ordenamiento jurídico; porque si existen es de suma importancia ver de qué modo pueden llenarse por el intérprete (1). Las respuestas que se han dado por los escritores a tal cuestión son muy distintas. Existen y no pueden menos de existir lagunas en todo ordenamiento por perfecto y completo que sea (se afirma por unos) porque no hay legislador que sea capaz de prever y disciplinar todos los casos que nuevas e imprevistas necesidades crearon. El Derecho está lleno de lagunas; porque cuan-

(1) Ver Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892; Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; Sung, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, (Festgabe für Dernburg, Berlín 1900); Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 128 y siguientes; Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano 1910; ver también Brunett, *Sul valore del problema delle lacune* (*Scritti giur. varii*, Turín 1915. I, pág. 34 y siguientes); *Il seuso del problema delle lacune* (*ib.* III, 1920, pág. 1 y siguiente, 30 y siguientes, 50 y siguientes); Gangi, *Ancore del problema delle lacune nel Diritto privato*, Pavía, 1925.

do una norma expresa o deducible no se halle con los medios ordinarios de interpretación, habrá que confesar que hay un espacio vacío en que faltando la voluntad de la ley se deja al Juez más amplio campo para construirla. No existen (se dice por otros) ni pueden existir lagunas porque por imperfecto y anticuado que el ordenamiento sea, es por sí suficiente para dominar todo el mundo de las relaciones humanas por virtud de aquellos principios generales que forman su base y tienen una fuerza de expansión indefinida capaz en todo tiempo de atraer a su esfera aquellas relaciones. Entre las dos opiniones tan antitéticas hay una intermedia defendida por Zitelmann, según el cual, puesto en claro que por lagunas no debe entenderse los casos de disposiciones jurídicas positivas consideradas inadecuadas o que contengan una disciplina que no es la que se desearía o porque no la contengan allí donde se echa de menos, se tienen lagunas verdaderas, no ya cuando la ley no prevea o no regule la relación sino cuando habiéndolas previsto y regulado deje en el ámbito de la norma un particular momento indeterminado o impreciso de modo que habiendo querido regular tal relación, por la indeterminación de aquél momento, se presentan como posibles varias soluciones entre las cuales la ley no manifiesta preferencia alguna.

Esta última opinión nos parece exacta. En efecto, en el terreno abstracto hay que reconocer que todo ordenamiento jurídico ha de ser completo, es decir, estar desprovisto de lagunas y se demuestra esto con solo recurrir al concepto de sistema orgánico y armónico al que debe poderse reducir todo ordenamiento legislativo, sistema en el cual no se procede por saltos sino por desenvolvimiento gradual de los elementos primordiales y elaboración de los factores preexistentes (1) o bien argumentando la existencia de una norma general y complementaria que abrace y comprenda (negativamente) todos los casos no previstos (como afirmó Zitelmann y desarrolló Donati).

Con razón se afirman en este respecto que las lagunas si existen no están en el Derecho sino en el intérprete al cual algún

(1) Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 129 y siguientes.

principio del organismo escapa o no se revela por imperfección del método empleado en descubrirlo (1); el Derecho más aún que el intérprete tiene el *horror vacui* (2).

Pero hay casos en los que la jurisprudencia es incapaz de declarar el Derecho legislado y son aquellos en que la voluntad legislativa se ha afirmado demasiado en una norma positiva y al mismo tiempo poco para que se la pueda identificar; esto es, cuando una norma por su naturaleza anfibológica se preste a dos significaciones distintas y contradictorias; cuando se hayan investigado las razones históricas, sociales y económicas e indagado la intención del legislador, considerado su fin y su utilidad y haya los mismos motivos para decidir en un sentido que en otro distinto. Cuando tras largos debates en la doctrina y en el foro ninguna de las dos opuestas tendencias consiga vencer a su contraria y las oscilaciones de la jurisprudencia se repitan incesantemente, sin esperanza de conciliación, deberá decirse entonces y sólo entonces, que hay una laguna. A colmar ésta no sirve la interpretación ordinaria: debe intervenir la auténtica porque la judicial y la doctrinal nada pueden.

(1) Bergbohm, *Jurisprudeur und Rechtsphilosophie*, I, pág. 372 y siguientes y Iung, *Positives Recht*, pág. 42.

(2) Brinz, *Krit Varteljahreschrift*, XV, 1873, pág. 164.

CAPITULO V

Efectos y límites de la eficacia de las normas jurídicas

§ 19.—*Límites de tiempo de las normas jurídicas*

Filomusi, Enc. §§ 31-32; Brugi, Ist. § 4; Pacifici, Ist. I, pág. 96; Gianturco, Sist. I, página 124; Chironi, Ist. I, §§ 16, 17, 20; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 81; Coviello, Man. §§ 34-36; Crome, Par gen. § 11; Savigny, Sist. VII, §§ 383-400; Windscheid, Pand. I, §§ 31-33; Regelsberger, Pand. I, § 47-48.

La cuestión: «dada una relación jurídica ¿qué norma debe aplicarse a ella?» correspondiente a esta otra «dada una norma jurídica ¿qué relaciones vienen regidas por ella?» es el problema que intenta resolver la interpretación. Pero tiene una especial importancia, que sobrepasa los límites de la interpretación y exige reglas especiales del legislador el caso en el que surja la duda sobre cuál, entre dos normas diversas pertenecientes a diversos sistemas de Derecho positivo o entre dos normas pertenecientes a un mismo sistema pero dictadas sucesivamente, debe ser elegida para regir una determinada relación jurídica.

La esfera normal de aplicación de los preceptos jurídicos la determina de una parte el territorio sobre el cual impera la autoridad soberana que los dicta, de otra el tiempo que media entre la formación de los mismos y la cesación de su virtud normativa. Y estos son los límites naturales fijados a la eficacia de sus preceptos, no pudiendo éstos, por regla general, regir relaciones formadas en un tiempo anterior o en el territorio de otra organización estatal sometida a diversa soberanía. Pero ni estos límites son absolutos, puesto que las necesidades de las relaciones internacionales exigen a veces que las relaciones que se producen en un Estado sean reguladas por normas de otro y las de la vida in-

terna exigen que a las relaciones constituídas bajo el imperio de una norma se apliquen retroactivamente los preceptos de otra posterior, ni independientemente de esto, la complejidad de los elementos que constituyen toda relación permite siempre aplicar a cada uno la norma del lugar o del tiempo en que ha surgido, debiendo en ocasiones tener en cuenta el lugar o tiempo en que aquella se perfecciona o produce sus efectos.

Se producen así conflictos de leyes en la doble forma de colisiones entre leyes contemporáneamente vigentes en territorios diversos o de colisiones entre leyes que emanan de una misma soberanía pero que rigen en tiempos diversos (1) y para resolverlos hay reglas especiales dictadas expresamente por el legislador o aconsejadas por la ciencia y deducidas de la naturaleza de las relaciones a que se refieren (2).

El principio fundamental que rige en orden a la eficacia de las normas jurídicas es en un terreno abstracto bastante simple. Rigen todas las relaciones a que se refieren desde el momento en que reciben aplicación hasta el en que cesa su virtud normativa. El primer momento no coincide con aquel en que la regla se forma, ya que como se ha visto es corriente fijar entre su publicación y su entrada en vigor un período de vacación que haga posible su conocimiento a los sometidos.

El segundo momento está determinado por la entrada en vi-

(1) Al mérito de Savigny se debe el haber unificado ambos fenómenos de conflicto de leyes en el espacio y en el tiempo de los que derivan las dos teorías del Derecho internacional privado y de la irretroactividad. El ser regidas por reglas particulares distintas no destruye la unidad conceptual del fenómeno.

(2) Pueden ambos conflictos presentarse juntos y combinados cuando con un conflicto de leyes en el espacio concurra otro en el tiempo: así en todos los casos en que una norma de Derecho internacional siga a otra precedente y diversa y surja el problema de la retroactividad o irretroactividad de una norma reguladora de un conflicto de leyes en el espacio: Diena, *De la retr. des disp. legisl. de Dr. interis privé* (*Journal de Dr., int. pr.*, XXIII, 1900, pág. 925); Caraglieri, *Dir. intern. priv. e Dir. transitorio*, Verona 1904; *La teoria dei Diritti acquisiti in sui recenti opere* (*Arch. giur.*, LXXV, pág. 113 y siguientes); Anzilott, *La questione della retroattivite delle regole di Dir. int. priv.* (*Riv. dir. int.*, 1907, II, pág. 120),

gor de una regla diversa y opuesta, ya sea una nueva que substituye a la primitiva, ya sea una norma existente que por la cesación de ésta la substituya atrayendo a su imperio las relaciones que regía la que ha cesado en su vigencia.

Causa de la cesación de una ley puede ser: *a)* el haber transcurrido el término que preventivamente se haya fijado a la vigencia de la norma, de modo que ella lleva al nacer el límite de su duración; *b)* o no darse ya el fin o el objeto o los supuestos de la norma y no tener esta razón que justifique su existencia; *c)* el cambio de las reglas de Derecho querido autoritariamente por los órganos soberanos, que como tienen la facultad de dictarlas así también poseen la de derogarlas y limitar su eficacia en el tiempo.

Es raro el caso de una ley que contenga el término de su duración (1); es más frecuente el segundo, esto es, el de leyes encaminadas a un fin transitorio que puede equipararse al primero, considerando implícito el término de duración. Son de esto ejemplo las leyes transitorias dictadas para regular el tránsito de una legislación vieja a una nueva y en general todas las leyes provisionales y extraordinarias formadas para atender a una necesidad pasajera (2). Pero sobre todo es importante la abrogación.

Puede ésta tener lugar de dos modos: expresamente, cuando con una expresa declaración del poder legislativo se prive de eficacia a un precepto hasta entonces vigente, ya sea legal o consuetudinario (3), o tácitamente, cuando un nuevo precepto se dicte sobre la misma materia hasta entonces regulada por otra

(1) Ver toda la legislación de guerra provocada por el conflicto europeo y dictada en los años 1914 y siguientes. Gran parte de los Decretos reales o lugartenenciales declaran que las normas en ellos contenidas tendrán valor en tanto la guerra dure o también hasta sesenta días, seis meses o un año después de terminada ésta.

(2) Las emanadas con motivo de calamidades públicas, revoluciones, sediciones, necesidades inaplazables del erario, etc.

(3) Un ejemplo, ofrece el art. 48 de las disposiciones transitorias del Código civil. En las materias que constituyen objeto del nuevo Código, cesan en su vigencia desde el día de la ejecución del mismo, todas las restantes leyes generales o especiales así como los usos y costumbres a que el Código no se refiera expresamente.

norma; y esto puede ocurrir por dos causas distintas: en cuanto que la nueva disposición siendo opuesta o diversa a la antigua resulte incompatible con ésta y por ello deba ceder a la posterior; o bien en cuanto que no habiendo incompatibilidad, siendo regulada la materia toda por la nueva disposición se revela la intención del legislador de querer sustituir la vieja por la nueva regulación (1). «Las leyes no se derogan más que por otras leyes posteriores por expresa declaración del legislador o por incompatibilidad de las nuevas disposiciones con las precedentes o por regular la ley nueva la materia toda que regulaba la anterior» (art. 5.º de las disposiciones preliminares) (2) (3).

Ya sea expresa o tácita, total o parcial, la derogación de las normas no puede efectuarse sino en virtud de un acto dictado por el poder soberano, al que corresponde la facultad de dictar los preceptos. Prescindiendo aquí de la cesación de una costumbre por otra costumbre contraria, la cual no es eficaz sino en cuanto la ley le reconoce eficacia, no puede una ley derogarse sino por otra contraria, y ni la costumbre (4) ni el Reglamento

(1) Conviene observar que para dar seguridad a las relaciones y evitar controversias graves en toda ley nueva, se suele dictar una disposición derogando la anterior expresamente. Tal es el caso de la derogación de los Códigos preexistentes y de los demás derechos generales o locales contenida en el art. 48. Precisa añadir que tal fin no se consigue cuando el legislador se limite a declarar derogadas todas las disposiciones contrarias a la nueva ley o incompatibles con ella; muy frecuentemente se recurre a tal fórmula que no dice nada y es superflua y ociosa con relación al principio establecido en el art. 5.º de las disposiciones preliminares. Una legislación más perfecta debe especificar en lo posible las normas a las que se quiere privar de eficacia con la nueva disposición.

(2) En las fuentes romanas se distingue entre *abrogación* abolición completa de la norma y *derogación* o sea abolición parcial (L. 102, D. 50, 16. *Derogatur legi aut abrogatur, derogatur legi cum pars detrahitur; abrogatur legi cum prorsus tollitur*, ver Ulp. Fr. I, 3) distribución que ofrece escaso interés.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—También en el art. 5.º del título preliminar del Código civil español se contiene la declaración de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, discrepando de la contenida en el correspondiente del Código italiano al omitir el modo como esa derogación tiene lugar: declaración expresa del legislador, incompatibilidad de las disposiciones nuevas con las precedentes, etc.

(4) Diverso era el principio vigente en el Derecho romano, por lo

pueden derogarla. Puede un Reglamento posterior quitar fuerza al anterior por el citado principio, según el cual tiene potestad de abolir las normas quien tiene el poder de dictarlas.

Las cuestiones que en tal respecto se presentan, si, por ejemplo, la abrogación de una norma con su sustitución por otra hace cesar las excepciones que se hacen a la primera, si la norma especial deroga a la general y ésta nunca a la especial y otras, son cuestiones de interpretación que se resuelven por la indagación de la voluntad legislativa. Los aforismos en uso entre los prácticos *Generi per speciem derogatur, Lex speciali non derogat generali* y otras semejantes son absolutamente falsas. Indudablemente la abrogación de una norma que abrogaba otra anterior no restablece esta última, ni siquiera en el caso de no haber sido dictada una norma nueva. La cesación de un precepto no es por sí sola capaz de conceder vigencia a uno precedente que había perdido ya todo valor (1).

menos hasta el siglo IV en que siendo reconocida a la costumbre la misma eficacia que a la ley, era atribuida a aquella la virtud de abrogar la ley.

Pero afirmó expresamente Juliano, fr. 32 § 1. D. I. 3, *quere rectissima etiam ellud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris sed etiam tacito consensu Omnium per desuetudinem abrogantur*, contra esto aparece en la compilación de Justiniano la célebre constitución de Constantino, l. 2. C. 8. 52 (53). *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitute momento, ut aut rationem vincat aut legem*, lo cual ha dado lugar a infinitas controversias entre los intérpretes y a numerosos intentos de conciliación. La explicación más satisfactoria de tal antinomia es la defendida felizmente por Scialoja (*Sulle c. 2, cod. quae sit longa e. c. la sua conciliazione col. fr. 32 § 1. D. de leg.*, en Arch. giur., XXIV. 1880, pág. 420 y siguientes; (*Delle c. 2. quae sit l. c. 8, 52: en Atti e mem dell'Acc di Padova II, 4. 1886*), según la cual Constantino se refiere a las costumbres anteriores a una ley encaminada a privarle de valor. Sobre la importancia de la sost. contra legem en el Derecho comm., ver Vanni *Della consuetudine nei suoi rapporti col. Dir. e colla legisl (Saggi di fil morale e giur.*, Bologne 1906, II, pág. 106 y siguientes).

(1) Opinión contraria mantiene Gianturco, Sist. I, pág. 126, pero la afirmación carece de fundamento. Para que la primera ley derogada recobre su vigor precisa una declaración expresa del legislador y este es el oficio de las leyes llamadas restablecedoras o restauradoras, a las que

El problema, muy grave, que se ofrece en todo cambio de las normas jurídicas, el de saber la eficacia que tengan las normas nuevas sobre los hechos y las relaciones producidos cuando regía la norma anterior, no se da, como es natural, con respecto a los hechos y relaciones que hayan surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la norma antigua, es decir, que se han desenvuelto al amparo de sus preceptos, sino sólo con respecto a aquellos que por una razón cualquiera deben producir o seguir produciendo sus efectos en el tiempo en que la norma antigua no rige ya. Precisa, en otros términos, para que se dé el conflicto de leyes en el tiempo que la vida de una relación sea lo bastante extensa para tocar dos momentos diversos en que tengan vigor sucesivamente normas de contenido substancialmente distinto (1).

Tal problema no puede ser resuelto por la ciencia con unidad absoluta de criterio; a lo sumo ésta puede indicar algunos principios directivos; ni el legislador a quien soberanamente corresponde decidir sobre los límites de eficacia de las propias

se refiere el mismo Gianturco (pág. 131, núm. 3), ver también Gabba, *Teoria della retroattività*, I, pág. 33.

(1) La teoría se denomina de la irretroactividad de las leyes, de la retroactividad o de los derechos adquiridos.

Los trabajos especiales de mayor importancia son Bergmann: *Das verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im Privatrecht*, Hannover 1818; Lasalle, *System der erworbenen Rechts* 2.^a ed., Leipzig, 1880; Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi* 3.^a ed., Torino 1891-98; Göppert, *Das Prinzip Gesetze haben Keine rückwirkender Kraft* (Ihering's Jahrb. XXII, 1884, página 1 y siguientes); Chironi, *Della non retroattività delle leggi in materia civile* Siena 1884; Fiori, *Della non retroattività delle leggi*, Napoli, 1886, Vareilles Sommieres, *Une Theorie nouvelle sur la retroactivité des lois* (*Revue Critique de legisl. et jurispr.* XXII, 1893) pág. 444 y siguientes) Affolter, *Das inter temporale Privatrecht*, Leipzig, 1901; Simoncelli, *Sui limiti della legge nel tempo* (St. per Scialoja I, pág. 335 y siguientes); Duguit, *La non retroact des lois et l'interpr. des lois* (*Revista de derecho público*, 1910. página 764 y siguientes); Donati, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge* (*Riv. it per le Sc. giur.*, 1915, LV 235 LVI, pág. 117 y siguientes); Falco, *Sue principio della irretroattività della legge* (*Riv. dir comm.*, 1917, I, pág. 704); Ranelletti, *Efficacia delle norme giur. amm. nel tempo* (*Riv. dir. civ.*, VI, 1914, pág. 49 y siguientes).

normas puede dar la solución con una disposición universal para regular todo conflicto, cualquiera que sea la norma, la naturaleza de la institución o la estructura especial de la relación

Tal afirmación requiere aclaraciones:

Como ha observado Simoncelli (1), el problema puede considerarse bajo dos aspectos diversos, según que se estudie desde un punto de vista abstracto o filosófico o desde un punto de vista estrictamente positivo. El haberse borrado la línea de separación de ambas investigaciones ha sido causa de graves y a veces insuperables dificultades a que ha dado lugar la irretroactividad de las leyes. Si la investigación especulativa de los principios que, inspirándose en la justicia intrínseca y en la necesidad de dar seguridad a las relaciones, quieren que sean intangibles los derechos y las posiciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de una norma sustituida después por otra diversa y contraria, puede ayudar a indicar al legislador los límites del ejercicio de su potestad, la determinación de los principios positivos, no pueden deducirse sino de las normas que haya dictado el legislador caso por caso o, en su defecto, del sistema general indagando su intención.

Responde a una exigencia de la vida social que la fe en la seguridad y estabilidad de las relaciones no resulte amenazada con el temor de que una ley posterior venga a transformar perturbando las relaciones válidamente constituidas; pero contra esta exigencia hay otra no menos digna de respeto, la de los cambios del ordenamiento jurídico impuestos por la evolución de la vida social. Solamente de la conciliación de ambas necesidades puede derivar la acertada solución del problema. Sin embargo, puesto que al legislador no le son señalados límites por ningún otro poder, puede con una ley nueva despojar de los derechos antes conferidos y destruir no sólo esperanzas o expectativas, sino también posesiones jurídicas definitivamente adquiridas.

Responde a la primera exigencia el principio, fortalecido en el asentimiento universal, de que las leyes no son retroacti-

(1) Ob. cit., pág. 357 y siguientes.

vas (1); es que recibe confirmación en la naturaleza misma de la virtud normativa de los preceptos encaminados a regir las relaciones jurídicas que se forman en el tiempo en que tienen vigor y que no se extienden a hechos anteriores cuya disciplina no podía ser dada por una norma inexistente. En este concepto general se inspira el notabilísimo texto de las fuentes romanas (l. 7 c. l. 14), *Leges et constitutiones futuris fertum est dare formam negotiis, non ad facta praeterito revocari* (2) y la regla establecida en el art. 2.º de las disposiciones preliminares. «La ley dispone siempre para el porvenir y no tiene efecto retroactivo» (3).

Un principio formulado de modo tan general, si bien puede servir para indicar la dirección que debe seguirse para regular la transición de una norma antigua a una nueva, en la práctica se muestra completamente insuficiente para resolver los conflictos concretos. Si no significa solamente que la nueva ley no se aplica a las relaciones que produjeron todos sus efectos bajo la ley anterior, y que, por consiguiente, se han agotado ya o terminado mediante juicio o transacción, sino que se refiere también a las relaciones y hechos anteriores, cuyos efectos o consecuencias inmediatas o mediatas se hallan aún pendientes, no se sabe cuáles sean estos hechos o relaciones, cuando se deba hablar de efectos actuales de una relación o hecho anterior, cuando un hecho nuevo deba considerarse consecuencia de otro ocurrido bajo la norma precedente, etc. Por su excesiva generalización y

(1) Entre los profanos está tan arraigado que se consideran como intangibles incluso por la ley, derechos adquiridos al amparo de una ley anterior, confundiendo así una cuestión de política legislativa con otra estrictamente jurídica.

(2) La continuación (*nisi nominatum etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis tantum sibi*) se refiere a la facultad del legislador de retrotraer la eficacia de la nueva norma. Ver también l. 66. (65) § 1. c. 10. 32 (31) *eadem videlicet constitutione siroae memoriae zenoris ex die quo promulgata est suas vires obtinente cum conveniat leges futuris regulas imponere non praeteritis calumnias exerce citare.*

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. - En el art. 3.º del Código civil español se proclama el carácter, *generalmente* irretroactivo de la norma. La irretroactividad viene proclamada, por tanto, con carácter menos absoluto y categórico.

por su vaguedad, la regla como precepto legislativo no tiene más que un valor muy relativo.

Y el legislador italiano ha demostrado tener prácticamente plena conciencia de ello (1); las leyes más importantes que modifican el régimen jurídico contienen todas especiales disposiciones transitorias encaminadas a determinar los efectos precisos que la nueva norma debe producir en las relaciones anteriores. Y respecto al Derecho civil, la misma ley de 2 de Abril de 1865, que autorizaba al Gobierno del Rey a publicar el Código, que contenía el citado principio general, le autorizaba también para formular las disposiciones transitorias, que fueron publicadas en 48 artículos, con Real decreto de 30 de Noviembre de 1865 (mientras otras fueron más tarde dictadas con Real decreto de 25 de Junio de 1871 para las provincias de Venecia y Mantúa) y a las cuales se debe recurrir para la solución de toda cuestión que se suscite en el campo de las instituciones del Derecho civil.

Esta crítica negativa no exime al jurista de la necesidad de buscar un criterio teórico y sistemático (deducido del Derecho positivo y no formulado por abstracción filosófica) que reduzca a unidad orgánica las decisiones particulares y proporcione al Juez una norma directiva cuando la ley no contenga el criterio de transición o no lo contenga de modo suficiente.

Una teoría debida a Savigny (2), que luego ha integrado y corregido en algunos puntos Simoncelli, parte de la distinción de todas las leyes o normas jurídicas en dos grandes categorías.

De un lado las que se refieren a la *adquisición de derechos*, esto es: la unión del derecho a una persona y consiguientemente su pérdida en la otra (por ejemplo, la nueva ley exige para la transmisión de la propiedad la tradición, mientras la anterior

(1) Más lógico es, a nuestro parecer, el sistema seguido por el legislador alemán, el cual ha omitido el consignar una regla de carácter general como la de nuestro art. 2.º por reputarla insuficiente y ambigua. En la ley de introducción (*Ein fuhrungs Gesetz zum B y B*) ha consagrado una sección entera (§§ 153-218) a las disposiciones transitorias regulando en cada institución o relación el tránsito del viejo al nuevo régimen.

(2) Sistema VIII, pág. 376 y siguientes, 521 y siguientes.

declaraba suficiente el consentimiento). De otro las que concier-
nen a la *existencia* o *inexistencia* de una institución jurídica (por
ejemplo, la ley nueva suprime la esclavitud o el derecho de los
diezmos, instituciones que antes eran protegidas por el Derecho
objetivo), o ya al modo de ser, es decir, a sus transformaciones
íntimas, aunque perdure su existencia (por ejemplo, una ley
nueva que, manteniendo la propiedad la declara protegida so-
lamente por las acciones posesorias mientras la antigua la tute-
laba con la reivindicación). Ahora bien; a estas dos categorías
corresponden en lo que a la retroactividad se refiere dos reglas
opuestas. A las primeras se aplica el principio de la no retroac-
tividad en el sentido que la nueva ley no ejerce acción alguna,
no sólo en el hecho pasado, sino que tampoco en las consecuen-
cias posteriores del mismo (la propiedad adquirida por simple
consentimiento, no sólo es reconocida como validamente trans-
mitida en el tiempo en que imperaba la norma vieja, sino que
también es mantenida luego) y ello por el respeto debido a la
seguridad de las relaciones. A las segundas se aplica el principio
de la retroactividad en el sentido que con la abolición de la ins-
titución jurídica no sólo no podrán crearse en lo sucesivo rela-
ciones de tal naturaleza sino que serán abolidas y destruídas las
relaciones creadas al amparo de la ley anterior (queda suprimi-
do el derecho de cobrar los diezmos; los esclavos quedan libera-
dos y lo mismo para las leyes que se refieren al modo de ser de
los derechos) y la razón estriba en que el Estado, por considera-
ciones de orden público, no puede consentir el que perduren re-
laciones jurídicas contrarias al nuevo ordenamiento, constituídas
anteriormente (1).

A esta doctrina, que tiene indudablemente un gran valor
científico, pero que no consigue dar un criterio seguro, no sien-
do como no es posible la separación neta de ambas categorías
(el mismo Savigny se vió obligado a hacer una serie de excep-
ciones y reservas al doble principio), se añade otra, que es, a
decir verdad, la más difundida y que, formulada por Lassalle (2),

(1) Ob. cit., pág. 368 y siguientes.

(2) *System der erworbenen Rechte*.

ha tenido entre nosotros un decidido defensor en Gabba (1), al cual es debida la más completa elaboración de la teoría del *derecho adquirido*.

El principio en que se funda, es el de que la prohibición general de la retroactividad debe limitarse a los derechos adquiridos y por tales se entiende, según la más precisa formulación que ha dado Gabba, todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto a producirlos en virtud de la ley vigente, al tiempo en que el hecho se realizó y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, si bien la ocasión de hacerlos valer se haya presentado bajo el imperio de la nueva ley.

No son estos solamente los derechos adquiridos en virtud de un hecho o de un acto de la persona (por ejemplo, el derecho de crédito en virtud de un contrato), lo son también los independientes de tal hecho o acto, es decir, aquellos que se adquieren *ipso jure* o sea directamente en virtud de la ley. En oposición a los derechos adquiridos, están de una parte las abstractas *facultades legales*, las cuales constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos (como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar), de otro las meras *expectativas*, es decir, la esperanza de adquisición de un derecho fundado en la norma vigente y aun no convertidas en derecho por defecto de alguno de los requisitos objetivos exigidos por la norma (por ejemplo, la expectativa a la sucesión en la herencia de una persona por parte del pariente que se halle dentro del sexto grado (2)).

Ahora bien; mientras la ley nueva no puede lesionar el derecho adquirido, debe serle reconocida eficacia retroactiva en lo que respecta a las facultades legales y a las expectativas, porque ni aquéllas ni éstas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de la persona. Y puesto que en el patrimonio no entran sino los derechos priva-

(1) *La retroattività delle leggi*.

(2) Sobre el concepto de expectativa, ver Venezian, *Le tutelle dell'aspettativa*, 1900, y Demoque, *Des Droits eventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance* (*Rev. trim. de Dr. civ.*, 1905).

dos, toda una serie de derechos, se subtrae al principio de la irretroactividad, como son los que derivan de normas de Derecho público, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.

Las objeciones a que da lugar esta segunda doctrina, son múltiples y graves. Muy discutible es la noción misma del derecho adquirido, cuyas definiciones son tantas como son los escritores que suscriben tal teoría.

Los más sinceros entre sus partidarios confiesan que la determinación de los requisitos necesarios para que un derecho pueda considerarse adquirido, no puede ser hecha de modo uniforme para todas las instituciones jurídicas (1), lo cual le priva de aquella unidad y seguridad de criterio a que aspira. Muchas veces, y precisamente en los casos más graves, la dificultad consiste en distinguir si una determinada situación jurídica es derecho adquirido o mera expectativa o abstracta facultad jurídica y si, por tanto, la norma nueva tenga o no, con respecto a ella, eficacia retroactiva.

Dos ejemplos típicos de esta incertidumbre los ofrecen los conflictos de leyes en materia de mayor edad y de capacidad de testar.

Si la nueva norma eleva de veintiuno a veinticinco años el límite de la menor edad (sin que nada se disponga por vía transitoria), ¿volverán a ser menores los que eran ya mayores por haber cumplido los veintiún años? Algunos lo afirman así, basándose en el concepto de que la mayor edad es sólo una capacidad y entra, por tanto, en la categoría de facultad legal; solamente los actos realizados con los terceros, por quienes, según la ley antigua, habían alcanzado la mayor edad, no serían afectados por la nueva ley, porque tales constituyen para él y los terceros derechos adquiridos (2). Para otros, constituye un derecho adquirido la mayor edad en cuanto que el estado personal, una vez adquirido, se convierte en derecho intangible (3).

(1) Crome, *Par. gen.*, pág. 59.

(2) Gianturco, *Sist. I*, pág. 136; Crome, *Par. gen.* pág. 60; Melucci, *Ist.* pág. 61; Demolombe, *Cours de Dr. civ. I*, n. 45; Windscheid, *Pand. I*, página 90, n. 4.

(3) Gabba, *ob. cit. II*, pág. 80; Chironi y Abello, *Tratt. I*, pág. 90; Chi-

Mayor es aún la perplejidad frente, por ejemplo, a dos leyes de las cuales la posterior modifique la capacidad de testar, como era regulada por la anterior. Si la ley del tiempo en que fué hecho el testamento, confería la *testamenti factio*, activa a los mayores de diez y seis años y la nueva exige que se hayan cumplido los diez y ocho, ¿cuál es la ley aplicable a las sucesiones que se abran bajo el imperio de la nueva ley en relación a los testamentos formados, rigiendo la antigua? La teoría del derecho adquirido, no nos da aquí solución indubitable, porque ni la doctrina de la expectativa ni la de la facultad jurídica son suficientes. Cierto que es mera expectativa la de los herederos instituidos en un testamento válidamente formado bajo el imperio de la ley anterior, por quien había cumplido los diez y seis años, si la sucesión no se ha abierto aún, y hasta que esto no ocurra, la ley nueva puede suprimirla. Partiendo de este concepto, se debería concluir que la ley reguladora de la capacidad será la posterior: el testamento válido, según la primera ley, será nulo cuando la sucesión se abra, rigiendo la nueva, que exige los diez y ocho años cumplidos.

La cuestión puede ser examinada con relación al que dispone en vez de serlo en relación a los llamados. Ahora, si bien es cierto que la capacidad de testar, siendo una capacidad jurídica abstracta, no constituyendo derecho adquirido, no se sustrae al imperio de la norma nueva, es cierto también que tal capacidad se ha exteriorizado y concretado en un acto: el testamento, el

roni, Ist. I, pág. 22; Savigny, Sist. VIII, pág. 415; Regelsberger, Pand. I, página 191; Ascoli y Cammeo en Crome, Par. gen. pág. 60, n. 2. Distinguen entre capacidad y estado sin gran provecho, por ejemplo, Pacifici, Ist. I, pág. 159, n. 3; Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ.* I, pág. 108, n. 20. La cuestión que aquí se considera desde el punto de vista de un conflicto entre dos leyes, faltando la decisión del legislador se renueva desde el punto de vista legislativo. Si el legislador quiere proveer con normas transitorias ¿conviene o no que conserve la mayor edad en aquellas personas que le han alcanzado? Nosotros creemos preponderantes los motivos en favor de la conservación, siendo desventajoso hacer volver al estado de menor edad a los que de ella salieron. Menos perjudicial es que por un cierto tiempo hayan personas de edad diversa que sean todas mayores de edad.

cual (cuando no sea revocado por su autor) subsistirá como única y definitiva disciplina o regulación de la sucesión. Según este segundo aspecto, se debería afirmar que la ley decisiva es la del tiempo en que el testamento se formó: éste, que era válido, según la ley primitiva, en cuanto creado por un mayor de diez y seis años, es válido también luego si el testador muere vigente la nueva ley, haya cumplido o no los diez y ocho años.

Finalmente, el problema puede ser estudiado en un tercer aspecto, teniendo en cuenta la naturaleza particular del acto testamentario, que es esencialmente revocable y la estrecha conexión que existe entre el momento de la manifestación de su voluntad y el de la muerte, en cuanto que la voluntad declarada en el testamento, si no viene revocada se considera como confirmada en los momentos sucesivos, hasta el último, o sea el de la muerte (*ambulatoria est voluntas testatoris usque ad vitae supremum exitum*).

Por ello a regular la capacidad de testar, se deben aplicar juntamente la ley del tiempo en que el testamento fué hecho y la del tiempo de la muerte del testador. El testamento hecho válidamente por quien había cumplido los diez y seis años, subsistirá como válido, si dictada la nueva ley el testador muere habiendo cumplido los diez y ocho años, porque la disposición se entiende confirmada en el momento de la muerte y como hecha a la edad legal según la ley nueva. Será nulo si muere antes de los diez y ocho años, porque se habría observado sólo la ley primitiva y no la posterior.

Estas tres soluciones han sido propuestas por los partidarios de la teoría del derecho adquirido y por otros también. Quiere los más que se apliquen simultáneamente ambas leyes. (1); afirman otros, por el contrario que la capacidad debe regularse:

(1) Ver Gabba, *Teoría della retroattività*, III, pág. 306 y siguientes; Pacifici, *Ist.* I, pág. 215; Melucci, *Ist.* pág. 64 y siguientes; Vitale, *Delle successioni testam. e leg.* I, pág. 311 y siguientes; Fiore, *Disp. gen.* I, página 338; Regelsberger, *Pand.* I, pág. 124.

por la ley del tiempo de la muerte (1); otros, por la del tiempo de la formación del testamento (2).

A eliminar las dificultades (3) que ofrece la teoría del derecho adquirido—seguida en Italia—, nuevas teorías se han propugnado por los modernos escritores. Prescindiendo de la que funda la distinción de leyes retroactivas y no retroactivas en la de *derecho e interés* (4) y de la que afirma ser retroactivas las leyes favorables e irretroactivas las perjudiciales (5)—que tienen escaso valor científico—, todas las demás pueden reducirse a dos.

Una se basa en la distinción de normas de Derecho público y normas de Derecho privado. Con razón afirma Simoncelli que la eficacia de las nuevas leyes con respecto a hechos y relaciones que se han producido o creado al amparo de las anteriores, no puede ser la misma para toda clase de normas.

Predominando en la esfera del Derecho privado, el interés particular y la autonomía de la voluntad, el respeto debido a la confianza que el particular depositó en la ley vigente, exige que la ley nueva no actúe retroactivamente sobre relaciones y efectos que derivan de aquélla, aun cuando éstos se produzcan, rigiendo la norma posterior. En el público predomina, por el contrario, el interés del Estado, el cual manda o prohíbe para alcanzar un fin superior al del particular; la más intensa obligatoriedad de sus normas exige que la nueva norma se apodere de

(1) Fulci, *Sulle disposizioni relat. alla public. interpr. ed. applic. delle leggi*, pág. 52; Gianturco, *Sist. I*, pág. 143.

(2) Udger, *Syst des Osterr. Privatrechts*, § 21, n. 61.

(3) Más complicada resulta aún la aplicación del concepto del derecho adquirido a las relaciones reguladas por normas jurídicas internacionales. Ver Cavaglieri, *La nozione dei Diritti acquisiti nel Dir. internaz. privato*, Roma 1913.

(4) Laurent, *Princ. di Dr. civ.*, l. n. 153. Huc, *Comm. di Dr. civ. I*, número 60.

(5) No exclusivamente sino en parte sobre tal concepto reposa la teoría defendida por Regelsberger, según el cual el principio de que las relaciones jurídicas y sus consecuencias deben ser regidas por la ley del tiempo en que nacieron, halla una limitación en el caso en que la nueva ley favorezca y mejore tales relaciones.

los hechos y relaciones anteriores y los regule a tenor del nuevo precepto (1). El criterio fundamental será, pues, la preponderancia del principio de la irretroactividad en la esfera del Derecho privado y la preponderancia del de la retroactividad en la del público, ya sean normas de Derecho público, en sentido técnico, o sólo de orden público, según lo que expusimos a su debido tiempo (2).

En particular se aplica la retroactividad de las reglas a todas las leyes de Derecho público, salvo limitaciones que tienen lugar cuando de tal ley derive al particular un derecho patrimonial o no, que sea posible respetar, sin menoscabo del fin público a que la nueva norma tiende. Se aplica la irretroactividad a las leyes de Derecho privado y más en las relaciones de carácter patrimonial, donde predomina la autonomía individual (salvo limitaciones impuestas por razones de orden público); excepto en las relaciones familiares donde predomina el interés general.

Parte la otra teoría (3) de la fundamental consideración que la ley gobierna y rige los hechos todos que se producen bajo su imperio, es apta para regular también sus efectos y las consecuencias que de ellos derivan, y no sólo los que se producen durante su vigencia, sino también los que se producen después de su derogación. Estas consecuencias deben hallarse, con respecto al hecho que las produce en relación de causa a efecto, y no hay que distinguir si el hecho es una exteriorización de la voluntad de la persona o independiente de ésta, ni se trata de materia de Derecho público o de Derecho privado. La ley vigente en el tiempo en que el hecho se produjo regulará todos sus efectos, cualquiera que sea el momento en que éstos se produzcan, porque deben considerarse virtualmente en el hecho. El principio que de ello surge es el de la irretroactividad, en el sentido de que la nueva ley no puede extenderse a los hechos ocurridos anteriormente a

(1) Ob. cit., pág. 360 y siguientes.

(2) Vid. *Supra.*, pág. 51 y siguientes.

(3) Con formulación diversa mantiénela Regelsberger, *Pand. I*, página 184 y siguientes; Vareilles Sommières, *Une nouv. théorie sur la retro-actio. passim*, Chironi y Abello, *Tratt. I*, pág. 85 y siguientes; Coviello, *Man. I*, pág. 107 y siguientes.

su aparición. Pero a tal principio deben hacerse algunas excepciones en cuanto que (prescindiendo, naturalmente, de una declaración expresa de retroactividad por parte del legislador) hay consecuencias de hechos realizados ya que se sujetan a la nueva ley, así en lo que se relaciona con las instituciones jurídicas en las cuales se fundan derechos perpetuos, una nueva ley que suprima éstos o que introduzca alteraciones en la configuración política de los mismos, actúa sobre hechos ya realizados, suprimiendo o transformando los derechos adquiridos; y no todos los efectos dependientes del hecho realizado deben ser regidos por la ley del tiempo en que éste se produjo, sino sólo aquellos que dependan y deriven de él de un modo absoluto, pues los otros caen bajo el imperio de la nueva ley.

En nuestra opinión, la mejor es la que funde armónicamente los principios de ambas teorías y saca de una y otra los criterios directivos para la resolución de toda controversia en materia de conflictos entre normas sucesivas. No hay propiamente una regla general de irretroactividad, de la cual constituya una excepción la retroactividad, sino que hay dos principios paralelos, de los cuales uno implica que la ley antigua continúe—aunque derogada—rigiendo los hechos que se verifican bajo la ley nueva; el otro, que la ley nueva actúe en el pasado, apoderándose de los hechos que en el pasado se produjeron para regularlos total o parcialmente en forma nueva. El hecho realizado en sí y en los efectos futuros que de él deriven debe ser regulado en algunas materias (preferentemente en aquellas en que predomina la autonomía de la voluntad privada y el interés particular) por la ley que regía al tiempo en que se verificó; pero con haberse verificado bajo el imperio de una norma diversa, no excluye el que, por el contrario, sea regido en otras materias (especialmente en las que predomina el interés del Estado y el orden público) por la ley nueva. En la racional conciliación de ambos principios y en la determinación de la relación existente entre el hecho realizado y sus consecuencias, y en la naturaleza de la norma, se debe hallar el criterio para resolver si la norma derogada debe ser prolongada en su eficacia normativa.

Abandonando, por ahora, toda indagación particular en or-

den a cada una de las relaciones y a las instituciones jurídicas, y prescindiendo de las normas positivas, eventualmente deformes por razones oportunistas o de equidad, que nuestro legislador ha establecido en las disposiciones transitorias para el Código civil (normas a las cuales se debe recurrir preferentemente en los casos de conflicto), los principios generales y directivos deben fijarse del modo siguiente (1):

a) *Derechos de las personas y de familia.*—La capacidad de obrar resulta regida en cada momento por la ley imperante. Recibe, por tanto, inmediata aplicación la ley nueva, ya restrinja, suprima o amplíe la capacidad concedida o negada por la ley anterior, de modo que, perdida por quien la poseía, la adquiere inmediatamente quien se hallaba privado de ella. Y por eso precisamente que resulta regulada por la ley del tiempo en que se ejerce, no se retrotrae la nueva norma a los actos realizados anteriormente y son éstos válidos si se realizaron por quien tenía la capacidad, según la ley anterior. Lo mismo puede decirse de los derechos de familia, en los que prevalece el interés público sobre el privado; la nueva ley se apodera de las relaciones ya constituídas y las regula, cualquiera que sea la disciplina de la norma anterior. Las relaciones personales entre cónyuges, el carácter del vínculo matrimonial, con la posibilidad o no de disolverlo (divorcio, separación de los cónyuges), relaciones personales entre padres e hijos, ejercicio de la patria potestad y del poder marital, tutela, curatela, etc., caen bajo el imperio de la nueva ley, de modo que el matrimonio, por ejemplo, que antes era soluble, se convierte en indisoluble por la prohibición posterior; la patria potestad o la tutelar, que antes era más amplia, se restringe luego. Pero también aquí los hechos que se realizaron rigiendo la vieja ley no pueden ser afectados por la nueva; el matrimonio realizado en observancia de las normas de aquélla, el estado de paternidad y de filiación adquiridos bajo su imperio

(1) Ver la obra citada de Gabba; Gianturco, Sist. I, §§ 13-17, página 136 y siguientes; Pacifici, Ist. I, n. 30-68, pág. 135 y siguientes; Crome, Par. gen., pág. 60 y siguientes; Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ. fr.*, I, § 30, página 98 y siguientes; De Amicis y Osti, *Irretroattività delle leggi* (en Código civ. anm., Vallardi I, pág. 37 y siguientes).

por el nacimiento de matrimonio legítimo, reconocimiento, legitimación o adopción, subsisten íntegros, no obstante el cambio efectuado en la legislación (1). Son, por el contrario, las relaciones patrimoniales familiares las que resultan sometidas, ya a la vieja, ya a la nueva ley, según que en ellas predomine o no autonomía de la voluntad de los particulares; así continúan reguladas por la primitiva ley las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, ya hayan sido reguladas por el contrato de matrimonio o ya por las normas dispositivas o supletorias vigentes entonces; por el contrario, se aplica la ley nueva al usufructo legal correspondiente al padre sobre los bienes de los hijos.

b) *Derechos reales*.—La condición jurídica de las cosas está sometida a todas las variaciones que se efectúen en la legislación y cambia con el cambio de las normas; la que, por ejemplo, era inmueble por destino o comerciable se convertirá en mueble o no comerciable si la nueva ley le priva de la condición jurídica que la anterior le atribuía. Adquieren vigor inmediatamente las leyes que se refieren a los Derechos reales (propiedad, límites legales, servidumbres y otros *jura in re aliene*): el régimen de la propiedad y de otros derechos menores, especialmente de los inmobiliarios, tiene un interés social y público, y no puede substraerse a la nueva norma. Los derechos ya adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior subsisten, y de la validez de su adquisición debe juzgarse según las reglas de aquella. Mas el interés social puede conducir al desconocimiento de las adquisiciones ya hechas cuando una forma de propiedad o de otro Derecho real sea considerada contraria a los principios en que se inspira la legislación posterior (abolición de feudos, fideicomisos, redención de enfiteusis, censos, etc.) (2).

c) *Derechos de obligación*.—El principio que domina en éstos es que la capacidad de obligarse e idoneidad de la causa, eficacia de la obligación, ya nazca del contrato, ya del delito, la

(1) Ver Gabba, *Del riconoscimento e dei Diritto successori di figli adulterini nati rigendo il Dir. civile austriaco* (en Quest. Dir. civ., 2.^a ed., 1919, I, pág. 77 y siguientes).

(2) Brugi, *Degli oneri reali e delle c. d. servitutes in faciendo nel Dir. transitorio italiano* (en Glück Pand, VIII, pág. 169 y siguientes).

transmisibilidad o intransmisibilidad, la resolución o la anulación, con relación a terceros, la extinción y todos los efectos que de la obligación derivan se hallan regulados por la ley del tiempo en que se constituyó el vínculo. Pero la irretroactividad de la nueva ley puede sufrir limitaciones cuando motivos de orden público inspiren la nueva norma y prohiban el reconocimiento de los vínculos obligatorios que se consideren inmorales o ilícitos.

d) *Sucesiones*.—Tanto en la sucesión intestada, como en la testamentaria, se aplica la ley imperante al tiempo de la apertura de la sucesión, ya sea en lo que respecta al orden de suceder, como a la cuantía de los derechos sucesorios, ya por lo que respecta a la capacidad de testar o de adquirir *mortis causa*, a límites de la facultad de testar, admisibilidad de las disposiciones, etcétera. En lo que a la sucesión testamentaria se refiere, si el testamento fué hecho bajo el imperio de la ley que ya no rige, cuando la sucesión se abre se debe tener en cuenta tal ley para juzgar sobre la validez de la forma empleada al dictar la disposición de última voluntad y sobre cualquiera otro requisito no substancial.

e) *Forma de los actos y medios de prueba*.—Finalmente, por lo que respecta a la forma de los actos y medios de prueba, rige el principio general de que a aquélla se aplica la ley del tiempo en que se crearon, de modo que serán válidos o nulos según que hayan sido o no observadas las normas a la sazón vigentes; para éstos se aplica, por regla general, la ley vigente al tiempo en que surgió el derecho que se debe probar, salvo las limitaciones que deriven de razones de orden público por las que un medio de prueba admitido por la ley anterior sea prohibido por la nueva de un modo absoluto; por tal motivo no sería posible su empleo en el nuevo régimen.

§ 20.—*Efectos de las normas jurídicas en el espacio*

Filomusi Enc. §§ 30, 169, 173; Brugi, Ist. § 5; Pacifici, Ist. I, pág. 225; Gianturco, Sist. I, pág. 147; Chironi, Ist. I, § 18-19; Chironi y Abello, Tratt., pág. 98; Coviello, Man. I, §§ 37-42; Crome, Par. gen. § 12; Savigny, Sist. VIII, §§ 345-382; Windscheid Pand. I, §§ 34-35; Regelsberger, Pand. I, §§ 39-46 (1).

Del hecho que todo Estado soberano e independiente ejerce en el propio territorio una absoluta y exclusiva potestad normativa deriva lógicamente que el imperio de las normas jurídicas tiene como límite los confines del territorio en que ejerce la soberanía el poder que las ha dictado, y así como todo Estado puede exigir el reconocimiento exclusivo de su derecho en el propio territorio, ninguno puede pretender que sus normas sean reconocidas fuera de los confines territoriales. Si este doble principio fuere reconocido y aplicado con todo rigor no se podría hablar de conflictos de normas en el espacio; cada Estado no aplicaría a las relaciones que surgen y se desenvuelven en su propio territorio sino las propias leyes, sin consideración a legislaciones a las que, por razón de ciudadanía o de situación, se hallan sometidas las personas y las cosas. Pero se comprende fácilmente que

(1) A más de las obras que se citarán más adelante son fundamentales las siguientes: Schmidt, *Die praktische Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, 1863; Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, Hannover, 1889; Zitelmann, *Internationales Privatrechts*, Leipzig, 1897-1898; Niemeyer, *Vorsehläge und Materialien zur kodifikation des intern. Privatrechts*, Leipzig, 1895; *Das intern. Privatrechts des B. G. B.*, Berlín, 1901; Meili, *Geschichte und System des intern. Privatrechts*, Leipzig, 1892; *Die kodifikation des intern. civil und Handelsrechts*, Zurich, 1902; Laurent, *Le Droit civil int.*, Bruselles, 1880; Vareilles Sommières, *La Synthèse du Dr. intern. privé*, París, 1897; Pillet, *Droit inter. privé*, París, 1903; Despagnet, *Precis de Dr. intern. privé*, 5.^a ed. París, 1906; Audinet, *Princ de Dr. intern. privé*, París 1906; Valery, *Manuel de Dr. intern. privé*, París, 1914; Veiss, *Traité élém. de Dr. intern. privé*, París, 1909, Lomonaco, *Tratt. di Dir. civ. intern.*, Napoli, 1874; Fiore, *Diritto intern. privato*, 4.^a ed., Torino, 1909 y siguientes; Catellani, *Il Diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2.^a ed., Torino, 1895-1902; Gabba, *Introduzione al Dir. civ. internaz. it.*, Roma, 1906-911; Diena, *Diritto intern. privato*, Napoli, 1910.

una tan rigurosa aplicación del concepto de soberanía sería obstáculo a las relaciones internacionales, que son parte muy vital de la existencia misma de los Estados en la actual sociedad y dificultaría la actuación de la justicia al tratar de un modo idéntico personas y relaciones sujetas a normas completamente diversas.

Con la exigencia que la ley del Estado impere sobre todos aquellos que dependen de él por razón de ciudadanía y sobre todos los que se encuentran en su territorio, debe conciliarse la otra: que el extranjero no sea substraído a sus propias leyes solamente porque se halle o actúe en el territorio de otro Estado. Así surge el problema análogo al anteriormente tratado sobre qué ley, en el conflicto entre la territorial y la extranjera, deba aplicarse a la relación jurídica, o, en otros términos, sobre la medida en que la ley de un Estado pueda y deba recibir aplicación fuera de los confines del mismo, problema que de la forma más simple de conflicto entre dos legislaciones (cuando, por ejemplo, la relación se forme en un Estado entre un súbdito de éste y un extranjero) puede llegar a las formas más complejas de conflicto entre muchas legislaciones diversas (cuando, por ejemplo, el súbdito del Estado A y el súbdito del Estado B contratan en el Estado C, en orden a los bienes situados en el Estado D, y surja un litigio en el Estado E mientras cada uno de los contratantes tenga su domicilio en un sexto o séptimo Estado).

También aquí, como en el caso de conflicto entre normas sucesivas, el problema puede ser considerado bajo dos aspectos diversos, en el abstracto y teórico, como investigación de los principios que deben señalarse a los legisladores para la mejor solución del mismo, y en el positivo, o sea como investigación de principios de Derecho que cada legislación ha adoptado para resolver los conflictos concretos entre sus propias normas y las extranjeras. Quien confundiere ambos aspectos cambiaría las soluciones que idealmente aparecen más juntas con aquellas que en realidad han sido establecidas por el legislador.

Ni debe creerse que pueda ser resuelto con la adopción de un principio único y general, aunque se diera en el interior de un Estado; muchas de las doctrinas fatigosamente construídas por insignes juristas eran defectuosas precisamente por preten-

der el haber descubierto un principio único y universal, mientras la solución no puede resultar sino de la fusión armónica de varias reglas diversas correspondientes a la distinta naturaleza de las relaciones en que el conflicto puede surgir.

Las normas de Derecho positivo que regulan los conflictos de leyes en el espacio son de dos especies, según el modo como se forma y la diversa esfera de eficiencia en que operan. Ya que derivan o directa y exclusivamente del legislador de cada Estado, en cuanto que todo Derecho positivo nacional adopta reglas propias para disciplinar los conflictos entre las propias leyes y las extranjeras (1), o derivan de los acuerdos que se crean entre dos o más Estados, merced a los Convenios y Tratados internacionales (2). En uno y otro caso son normas de Derecho que reciben fuerza obligatoria de la soberanía interna de cada Estado, ya que el pacto internacional no valdría por sí solo para darle eficacia obligatoria en el territorio de cada una de las soberanías que lo pactaron si no fueran emanados de ellas como propios preceptos legislativos (3). La particularidad de las segundas está en que, mientras las primeras disciplinan sólo en un sentido y unilateralmente, debiendo cada Estado que las fija prescindir de las normas de conflicto que terceros Estados fijarán por cuenta propia en relación a los ciudadanos de aquél, las otras, en cuanto que son concordadas entre dos o más Estados, tienen recíproca cuenta de las respectivas legislaciones y fijan preceptos uniformes para los Estados contratantes, evitando así que con seguirse sistemas diversos y opuestos se cree una disparidad de trato en las relaciones recíprocas entre los ciudadanos de uno y otro Estado y se formen, como ocurre frecuentemente en el otro sistema, situaciones de gran dificultad en la solución.

(1) Ver Ottolenghi, *Sulla funzione e sulla efficacia delle norme interne di Diritto internazionale privato*, Turín, 1913.

(2) En cuanto al valor de la costumbre como fuente del Derecho internacional privado, ver Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel Dir. intern. privato*, Padova, 1908.

(3) Sobre las leyes de ejecución de los tratados internacionales y sobre las relaciones entre orden de ejecución y tratado, ver Anzilotti en *Rev. di Dir. internaz.*, III, 1908, pág. 328 y siguientes.

Pertenece a la primera categoría las reglas de conflicto que nuestro Código civil ha acogido en los artículos 6.º al 12 (1) de las disposiciones preliminares, creando un sistema casi completo de Derecho internacional privado inspirado en los grandes y féculos conceptos del principio de nacionalidad y del de equi-paración del extranjero al ciudadano; bien poco había dispuesto a tal respecto el legislador francés (Código civil, art. 3.º); más ricas y detalladas son las normas que contiene el alemán (B. G. B. Einf., artículos 7.º al 31), y el Código civil suizo (título final, ar. 61) (2). Pertenecen al segundo las contenidas en los Convenios internacionales de Derecho privado celebrados en La Haya el 12 de Junio de 1902 en materia de matrimonio, divorcio y separación de los cónyuges, tutela de menores, y el 17 de Julio de 1905 en materia de procedimiento civil, derechos y deberes de los cónyuges en sus relaciones personales y patrimoniales, interdicción y otras materias análogas; las cuales tienen más importancia cuanto mayor es el número de los Estados contratantes mientras la finalidad última es el imponer a todas las legislaciones un sistema único y homogéneo de reglas de conflictos.

Son, en efecto, prescindiendo de las pocas materias recordadas, diversos los sistemas de cada Estado para resolver los conflictos de ley lo que ha dado lugar a una grave cuestión. Conviene tener presente que las normas de que hablamos son reglas de conflicto, es decir, normas destinadas a indicar entre varias leyes en colisión, a cuál de ellas deba darse la preferencia en la regulación de una determinada relación jurídica. Se distinguen por ello de todas las demás normas jurídicas de derecho material o substancial que regulan las relaciones jurídicas entre las cuales surge el conflicto.

Ahora bien, si una norma de conflicto declara aplicable a la relación jurídica una ley extranjera ¿a qué norma de las conteni-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Artículos 8 al 12 del Código civil español.

(2) Para noticias sobre su contenido véase Catellani, *Il Dir. intern. priv. nel Cod. civile Svirrezo* (*Riv. di Dir. intern.*, III, 1908, pág. 31 y siguientes): Habicht, *Intetn. Privatrecht nach dem Einföhrungsgesetz zun. B. G. B.*, Berlín, 1907.

das en la legislación extranjera debe recurrirse? ¿será a la norma de derecho substancial o de la norma de conflicto que tal legislación contenga? La profunda diversidad de soluciones a que se llegaría siguiendo uno u otro procedimiento se evidencia con sólo pensar que la norma extranjera de conflicto puede señalar una norma de derecho material, de contenido perfectamente opuesto al que ella misma contiene.

Supuesto el caso que una mujer alemana casada, quien para disponer de sus propios bienes inmuebles no necesita de la autorización marital, actúa en Italia donde tiene su domicilio y donde una norma de conflicto (art. 6, disposición preliminar) (1) declara expresamente aplicable a la relación la ley nacional de la persona, si por ley a la que debe recurrirse se ha de entender la norma de derecho material alemán, la enajenación será válida; si por el contrario es la norma alemana de conflicto y ésta declara aplicable a la relación la ley del domicilio, debiera recibir aplicación la ley italiana, y, por consiguiente, la enajenación considerarse nula por falta de autorización marital (según el sistema del Código italiano de 1865, modificado ahora por haberse abolido la autorización marital). Pocos escritores (2) mantienen esta segunda opinión que defienden por la consideración de que cuando una ley nacional recurre a otra extranjera, el recurso se debe entender hecho a todas las normas en ésta contenidas, entre las cuales figuran en primera línea las normas de conflicto; los más (3) la rechazaron, no sólo por los graves inconvenientes y

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Art. 9 del Código español.

(2) Entre nosotros: Fiore, *Dei conflitti tra le disposiz. legisl. di Dir. int. priv.*, Torino 1900; *Journal de Dr. int. privé*, 1901, pág. 424 y siguientes; Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, I, n. 94.

(3) Ver Catellani, *Del conflitto fra norme di Dr. int. priv.* (Atti R. Ist. Ven, 1896-97, pág. 1.647 y siguientes); Anzilotti, *Studi critici di Dir. intern. priv.*, pág. 194 y siguientes; Buzzati, *Il rinvio nel Dir. int. priv.* (*Riv. it p. le Sc. giur.*, XXVII, 1899, pág. 327 y siguientes); *Sulla teoria del rinvio nel Dir. int. priv.*, (Foro it., 1920, I, pág. 348 y siguientes); Cavaglieri, *La teoria del rinvio* (Filangieri, 1915, pág. 401 y siguientes); Potu, *La question du renvoi en Dr. int. pr.*, París, 1913. Además Ascoli y Cammeo in Crome, Par. gen., pág. 76, núm. A, Venzy en Pacifici, Ist. I, pág. 293 y siguientes; Olivi, *Dir. int. publ. c. priv.*, pág. 670; Coviello, Man. I, página 138 y siguientes, etc.

por el resultado eventualmente negativo (1) a que conduce, sino también porque es contraria al espíritu de las normas de conflicto, cuyo fin es el indicar las normas de derecho substancial y por destruir la unidad del sistema de normas de conflicto que toda legislación suele acoger de un modo exclusivo (2).

Las reglas contenidas en nuestro Código civil, si bien representan una innovación con respecto a otros sistemas seguidos por anteriores legislaciones por efecto sobre todo del principio de la nacionalidad que todo lo invade y vivifica, son también el resultado de la larga y laboriosa lucha que entre principios y sistemas opuestos se entabló apenas los Estados se afirmaron como soberanos e independientes y surgieron las múltiples relaciones entre las gentes, ofreciéndose este problema entonces a la mente del jurista y del legislador. No es posible entender su espíritu ni estimarla en su justo valor sin considerar los precedentes históricos que las prepararon.

Verdaderos y propios conflictos de leyes no fueron posibles en tanto duró la hegemonía romana; en tanto el romanismo im-

(1) En efecto, el principio debe entenderse en el sentido de que la referencia se hace a las normas de conflicto y no a las de Derecho material; ello debiera aplicarse también luego de haber recurrido primeramente a un Derecho extranjero: si la norma de conflicto de Derecho extranjero ordena recurrir un tercer Derecho (ley del domicilio *rei sitae* etc.), en éste debiera buscarse la correspondiente norma de conflicto y ésta podía ordenar el recurrir a un cuarto, quinto o sexto Derecho sin nunca hallar la norma de Derecho material aplicable. Pero también un único recurso a la ley extranjera podía bastar a crear un círculo vicioso como demuestra el ejemplo citado en el texto que mientras la ley alemana ordena resolver el conflicto por la *lex domicilii*, ésta que es la italiana ordena recurrir a la ley nacional y así iríamos de una a otra ley sin resolver el caso.

(2) El sistema único seguido por el Derecho nacional quedaría destruído porque para cada caso de colisión se aplicaría no la regla de conflicto querida por el legislador, sino una serie de reglas, diversas cuantas fueran las legislaciones, a través de las cuales fuera preciso pasar hasta descubrir la norma de Derecho material. Para el Derecho positivo italiano está fuera de duda, como resulta de los trabajos preparatorios y de la misma formulación de los artículos 6 al 12 cuando se ordena el recurrir a una ley extranjera, ésta se entiende en el sentido de precepto material, no de conflicto.

peró fué mantenido (con algunas salvedades) el principio de la exclusión del Derecho extranjero (1). Pero esto debía modificarse bajo el influjo del germanismo favorable al principio de la personalidad de las leyes. Dos sistemas, por tanto, alternan: el inspirado en la territorialidad, que sometía a las leyes locales a todas las personas, incluso las extranjeras que residían en el Estado, y el de la personalidad, según el cual toda persona podía vivir sometida a su propia ley de origen. Del choque de ambos principios surgió más tarde (y recibió amplia elaboración por Bartolo y los postglosadores) la *teoría de los estatutos* que clasificó las leyes en personales, es decir, relativas al estado, a la capacidad de las personas, a las relaciones de la familia y como tales aplicables incluso fuera del territorio; *reales* relativas a los bienes sobre todo a los inmuebles, a los modos de adquirirlos y transmitirlos y por ello no aplicables fuera del territorio; luego se consideraron tres grupos de leyes, añadiéndose por D'Argentré a los dos primeros el de las leyes *mixtas* que se referían a las relaciones concernientes a un mismo tiempo a los bienes y a las personas y particularmente a la forma de los actos y para los cuales la aplicabilidad fuera del territorio se admitía o no según los casos y los criterios sutiles de distinción deducidos del fin que la ley perseguía.

Estas distinciones y subdistinciones infinitas entre estatutos que se refieren primordialmente a la persona o a los bienes, entre prohibitivos y permisivos, favorables y desfavorables, conformes o disconformes con el Derecho común, particulares y universales y el criterio que implicaban meramente verbalista y externo (2) para decidir de la naturaleza de aquellas, hicieron

(1) Hay que entenderlo con las debidas salvedades; hubo en las diversas partes del imperio diversidad de derechos en cuanto fueron mantenidas las leyes del país y, por tanto, se aplicó también el principio de la personalidad de las leyes.

(2) Es famoso el ejemplo, infelizmente escogido por Bartolo en materia de sucesiones, de un estatuto que concebido en la fórmula *Bonacedentium veniant in primogenitum* debe considerarse como disposición referente a los bienes y, por tanto, con eficacia territorial y concebido en esta otra *Primogenitus succedat* debe considerarse como disposición relativa a las personas y, por consiguiente, de efecto extraterritorial, lo

sentir la necesidad de una teoría menos formalista, forzando a los juristas a buscar un principio supremo que proporcionase el fundamento racional de la aplicación del Derecho fuera de los confines territoriales y la solución práctica de los conflictos positivos.

Oponiéndose a la doctrina defendida por los más de que el principio regulador debía considerarse el de la territorialidad, el del imperio exclusivo de las normas locales sobre todas las relaciones jurídicas, templado por el principio de la *Comitas gentium*. Schäffner (1) rechazó la idea de una absoluta territorialidad de las leyes, templada por la *Comitas* y partiendo del concepto de que el Juez debe indagar la ley mejor adaptada a la relación según la naturaleza de las cosas, sentaba el principio de que «toda relación jurídica debía ser juzgada según la ley del lugar en que nació». Declaraba, por tanto, decisiva para la capacidad de las personas la ley del domicilio de origen; para la regulación de los bienes la de la residencia estable del propietario si eran muebles o si eran considerados *uti universitas* y la *locus rei sitae* si inmuebles; para la forma de los actos la ley del lugar en que aquellos se formaron y en cuanto a su esencia por la ley personal o la local, según predominase el elemento personal o el real.

En el principio contrario se inspiraba Zachariae (2) enseñando que debía prevalecer la ley del lugar donde se hizo valer la relación jurídica; solo en los casos en que una norma de Derecho interno positivo o un Tratado internacional reconocieran el

cual llevó a algunos a afirmar que fuese decisiva para determinar el carácter real o personal del estatuto, la construcción sintáctica de las palabras. Fué inmerecido el cargo que se le hizo de superficialidad pero cierto también que el criterio verbalista fué seguido por muchos aunque no por todos. Molineo enseñaba que debía atenderse no a las palabras sino a la esencia y al lugar en que estaban situados los bienes, *Aut statutum agit in rene et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res cita est, unde, sive dicat Bona non veniant ad foeminas sive Foeminae non succedant semper locum habet in bonis sitis intra fines suos*. Ver Catellani, *Dir. int. priv.*, I, pág. 338, n. 5; pág. 463, n. 2.

(1) *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Frankfurt, 1841.

(2) *Man di Dir. civ. franc.* I, § 30 (de la edición de Crome).

Derecho extranjero o cuando fuera concedido a las partes el sustraer la relación al Derecho local para someterlo a un Derecho extranjero, éste sería aplicable fuera de los confines territoriales.

Más compleja y más racional también fué la teoría de Wächter (1) el cual, partiendo del principio según el cual, el Juez, cualquiera que sea el elemento extranjero que se ofrezca en la relación, debe aplicar las leyes del propio Estado, afirmó que el Derecho extranjero debía aplicarse sólo cuando una disposición explícita del Derecho interno o el espíritu del mismo impusiere o permitiere tal aplicación. Rechazando las demás teorías formuladas de un modo simple, como por ejemplo, las de absoluta territorialidad o personalidad, se esforzó en demostrar que para toda relación jurídica hay (siempre en el campo de una interpretación de la voluntad legislativa y no en el de la investigación abstracta), razones peculiares que imponen o excluyen la aplicación de la ley del Juez. Débese, por tanto, en defecto de disposición expresa, aplicarse al estado y capacidad del extranjero la ley de su domicilio, pero a las consecuencias de aquella, la ley del Juez; a las cosas, la *lex rei sitae*; a las obligaciones, la del Juez; si nacieron de actos ilícitos, la elegida por las partes o en su defecto la del lugar de la convención o de la ejecución si nacieron de contrato; la ley del domicilio del *de cujus* en las sucesiones testamentarias o legítimas; la ley personal para las relaciones de familia, la del lugar de formación del acto a la forma del mismo.

La doctrina, sin embargo, que más profundidad de concepción revela, es la formulada por Savigny (2) que ejerció poderosa influencia en las posteriores sobre todo en la italiana. La base sobre la cual descansa, es el concepto de «comunidad» de Derecho internacional, entre las varias naciones que mantienen relaciones entre sí; constituyendo los distintos sistemas positivos de Derecho acogidos por los Estados particulares los elementos

(1) *Über die Kollision der Privatrechtsgesetze Verschiedener Staaten* (Arch, p. die civ. Praxis, XXIV, 1841, pág. 230 y siguientes; XXV, 1842, página 1 y siguientes; 161 y siguientes; 361 y siguientes). Sobre sus doctrinas ver Catellani, *L'opera di G. V. Wächter nel Dir. intern. priv.*, Venezia, 1900.

(2) Sistema, VIII, pág. 30 y siguientes.

de un organismo más amplio, el Juez deberá aplicar ya uno o ya otro según la esfera de Derecho a que la relación pertenece; la aplicación del Derecho extranjero se considerará, no como una concesión graciosa de la soberanía, sino consecuencia de la comunidad de Derecho. Deberá indagar el Juez «a qué esfera de Derecho por su peculiar naturaleza pertenece y está sometida la relación jurídica». Lo cual significa que frente a cada relación jurídica debe determinarse su sede propia para poder aplicar la legislación de ésta. El principio así formulado sufre limitaciones en algunos casos, en los cuales el Juez no es libre en su investigación, estando obligado a aplicar el Derecho del propio Estado. Estos casos pueden reducirse a dos clases, según que se trate de leyes de carácter estrictamente positivo o de instituciones jurídicas de un Estado extranjero que no son reconocidos ni tutelados en el Estado del Juez. Una limitación es consentida también en los casos en que es concedida a la libertad individual la elección de una ley diversa de aquella que según el principio susodicho debiera regular la relación. Tres principios dominan, por tanto, toda la materia de conflictos: la sede de la relación, el orden público y la libertad individual de modo que según los casos se aplicará la *lex domicilii* de la persona, la *lex rei sitae* o la ley del lugar en que el acto se realizó, siempre que la libre elección de las partes no haya determinado una ley diversa (*lex voluntatis*) o motivos de orden público no impongan la aplicación de la *lex fori*.

El nuevo y grande principio que la escuela italiana, por obra de su fundador Mancini, inyectó en la teoría de Savigny y que así como en el Derecho público internacional dió la base jurídica a las reivindicaciones nacionales, se mostró en el privado fecundo en resultados, fué el de la *nacionalidad*. Al concepto entonces dominante en Alemania de que la ley a que debía ser sometida la persona, venía determinada por el lugar de su domicilio, sustituyó el más racional de la pertenencia a la nación, es decir, el vínculo político determinado por la ciudadanía (1), vínculo

(1) Así debe ser entendido el concepto de nacionalidad en el Derecho internacional privado en el que debe prescindirse de los casos en que un grupo étnicamente perteneciente a una nación, venga agregado a

más íntimo que el de pertenencia por razón del domicilio. Todo el sistema de las normas de conflicto acogido por nuestro legislador se apoya sobre cuatro principios fundamentales de cuya armónica conciliación (1) derivan las reglas particulares establecidas en los artículos 6 al 12 de las disposiciones preliminares:

a) El de la nacionalidad que domina en los derechos personales y de familia, así como en los de sucesión por el nexo íntimo entre éstos y los anteriores y en los derechos relativos a las cosas muebles que siguen a la persona del propietario, principio que quiere sean regidos por la ley personal dando, por consiguiente, extraterritorialidad, al estado y la capacidad de las personas, a las relaciones familiares y las patrimoniales sucesorias y mobiliarias.

b) El de la territorialidad que desenvuelve su aplicación en todas las relaciones que se refieren al ordenamiento del Estado, a los intereses supremos del mismo y no admite imperio de otra ley que no sea la territorial. Es evidente que las leyes que se refieren al orden y a la seguridad pública, las leyes penales, las procesales, y, en general, todas las de Derecho público deben recibir aplicación absoluta en el territorio, ya en relación a los ciudadanos, ya con respecto a los extranjeros porque son normas que se proponen la tutela del Estado y en ellos se acentúa más la soberanía y la independencia del mismo. El art. 10 de las disposiciones preliminares, dice «la competencia y las formas del procedimiento son regulados por la ley del lugar en que se tramita el juicio» y el art. 11 establece que «las leyes penales, de policía y seguridad pública obligan a todos aquellos que se hallan en el territorio del reino» (2). Y el mismo principio debe imperar cuando se trate de relaciones que, afectando al particular, impliquen un interés social predominante sobre el individual como ocurre, por ejemplo, con los inmuebles, los cuales, for-

otra y sometido a otra soberanía. La nacionalidad se entiende como vínculo político. Más amplio es en el campo del público el alcance del principio que representa la aspiración de los pueblos divididos por dominaciones extranjeras a agruparse en unidades políticas.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Véanse los artículos 8 al 12 del Código civil español.

(2) Id.— Art. 8 del Código civil español.

mando parte del territorio nacional no podrían hallarse sometidos a un régimen diverso del que el legislador ha adoptado.

c) El de la autonomía de la voluntad que domina en el campo de las obligaciones y especialmente en materia contractual en cuanto es permitido a la libertad individual el determinar las leyes a las cuales se quiere someter la relación obligatoria.

d) El del orden público que funciona como límite del principio de extraterritorialidad e implica el imperio exclusivo de la ley territorial siempre que el reconocimiento de la ley extranjera implicase una ofensa a los principios fundamentales del orden público y a las buenas costumbres o se trate de relaciones jurídicas e instituciones que aun admitidas por la legislación extranjera contrastan con el ordenamiento jurídico del Estado en que se quisieran aplicar.

Este último principio ha dado lugar a graves discusiones para la más precisa delimitación de su contenido. La fórmula legal en la que ha sido reconocido es la del art. 12: «No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes, los actos y las sentencias de un país extranjero, así como las disposiciones o convenciones privadas, podrán derogar las leyes prohibitivas del reino que conciernen a las personas, los bienes o los actos, ni las leyes referentes al orden público y a las buenas costumbres» (1) (2).

(1) Referencia al orden público se hace en el art. 941 del Código de procedimiento civil que dispone un examen preventivo de la sentencia extranjera por parte de la autoridad judicial italiana (Corte de apelación) cuando se quiera dar ejecutoriedad en el reino a una sentencia dictada en país extranjero. El Juez italiano debe indagar entre otras cosas (artículo 941, n. 4) «si la sentencia contiene disposiciones contrarias al orden público o al Derecho público interno del reino». El art. 941 ha sido modificado mejorando su contenido con el Decreto-ley de 20 de Julio de 1919 que reproduce la regla «no puede darse fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera que contenga disposiciones contrarias al orden público y al Derecho público interno del reino». Sobre la innovación legislativa ver Diena, *Sul progetto di riforme dell art. 941 c. pr. c.* (Riv. Dir. Comm., 1917, I, pág. 114, 644). Vivante, *Il progetto del Senato sull esecuzione delle sentenze straniere* (ib. pág. 638 y siguientes); Sacerdoti (ib. pág. 441 y siguientes); Ottolenghi, (ib. 1919, I, pág. 603 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículo 11, párrafo 3.º del Código civil español.

Se habla de una doble categoría de leyes: las prohibitivas, que se refieren a las personas, los bienes o los actos y las que se refieren al orden público y a las buenas costumbres; de una y otra categoría se razona desde un doble punto de vista, en cuanto que tales normas no son derogables por la voluntad de los ciudadanos, para los cuales tienen un carácter de absoluta obligatoriedad y en cuanto que su imperio no puede cesar tampoco con relación a los extranjeros. La primera distinción es más formal que substancial; las leyes prohibitivas que se refieren a las personas, los bienes o los actos, es decir, aquellas relativas al Derecho privado (pues para el Derecho público proveen directamente en el sentido indicado los artículos 10 y 11), son en definitiva de orden público, cuyo concepto fué ya fijado por nosotros a su debido tiempo (1). Pero no todas las normas de orden público tienen igual alcance, y por eso tiene valor substancial la segunda distinción. La noción de orden público es doble, como doble es el principio que expresa el art. 12 al referirse a la no derogabilidad de algunas normas por convenciones privadas de los ciudadanos, por un lado y, por otro, a la no derogabilidad de las mismas en relación a los extranjeros.

Debe distinguirse, como hace la doctrina casi unánime (2), el concepto de orden público interno que se refiere a las normas que ejercen un imperio de obligatoriedad absoluta sobre los ciudadanos y no son susceptibles de derogación, de las de orden

(1) Ver Milone, *Le leggi proibitive nell*, art. 12 del título preliminar al Código civil; Filangieri, XXIV, 1899, pág. LXXIV, que las entiende en el sentido de leyes rigurosas indeclinables e inderogables y detalla sucintamente otras interpretaciones.

(2) Fedozzi, *Quelques considerations sur l'idée d'ordre public. intern.*, (*Journ. de Dr. intern. privé*, 1897, pág. 69 y siguientes, 495 y siguientes), Fiore, *Dir. priv. intern.*, I, pág. 244; Gabba, *Contributo alla retta interpret. dell*, art. 12, disposición preliminar (en *Nuove quest. di Dir. civ.*, 1906, 2.^a ed., II, pág. 272 y siguientes); Rapisardi y Mirabelli, *L'ordine pubblico nell Dir. intern.*, Catania 1908; Venzi en Pacifici Ist. I, pág. 301 y siguientes; Ascoli y Cammeo en *Crome Par. gen.*, pág. 77 y siguientes, n. a y ampliamente con referencias críticas a la abundante literatura sobre la cuestión del orden público, Catellani, *Dir. intern. privé.*, II, pág. 258. Contrario a la distinción se muestra Coviello, *Man. I*, pág. 122 y siguientes.

público internacional que se refieren a las normas relativas a los ciudadanos y a los extranjeros, y que siendo reglas comunes a los pueblos cultos constituyen un obstáculo al reconocimiento del Derecho extranjero cuando se admiten en éstas instituciones jurídicas que contrastan con aquél. En otros términos: no basta con que una institución jurídica no sea acogida por una legislación, para que esto constituya sin más un obstáculo al reconocimiento del Derecho extranjero que lo admite, sino que precisa que sea opuesto y contrario al sentimiento más difundido en la sociedad internacional (por ejemplo, la poligamia, la esclavitud); no basta tampoco que la norma obligue a los ciudadanos para que ello impida el disciplinar con otra diversa las relaciones jurídicas entre extranjeros (como, por ejemplo, las que se refieren al estado y a la capacidad de las personas y a las sucesiones); precisa que sea tal que no pueda admitirse sin grave perturbación del orden interior u ofensa de las buenas costumbres una regulación diversa, aunque sea en orden a los extranjeros. Por ello es la esfera del orden público proyectado al Derecho internacional más restringida que la del orden público en el Derecho interno; pero una más rigurosa delimitación no es posible en vía abstracta y teórica por la naturaleza abstracta del concepto de orden público, que es esencialmente mudable y contingente; la determinación debe confiarse caso por caso al prudente arbitrio del Juez (1).

(1) Un nuevo criterio señala Gabba, *Introd. al Dir. civ. internaz. ital.*, según el cual para la determinación, no ya de las normas de Derecho substancial sino de las normas mismas de conflicto, debe considerarse ante todo la naturaleza del caso a resolver y la sede de la relación jurídica; el Juez, determinada la sede, deberá elegir como normas de conflicto las del Estado a que la relación pertenezca y definir el caso mismo según la ley nacional que sea designada por esta norma. La consecuencia que de esta teoría deriva, sería bastante grave para nuestro Derecho como nota Diena, *Sul metodo e sui criteri fondamentali per lo studio del Diritto internaz. privato* (Riv. Dir. civ., IV, 1912, pág. 325). Ello obligaría al Juez italiano a adoptar normas de conflicto extranjeras y diversas de las contenidas en los artículos 6-12, cuando la indagación de la sede de la relación resultare como sede un Estado que no fuera el italiano, pues entonces no se aplicarían los principios contenidos en los artículos 6-12 que tienen carácter de normas de Derecho público obligatorias e impuestas con tal carácter a los Jueces.

Descendiendo ahora al examen de las reglas particulares que nuestro Derecho acoge, nos limitaremos a las relativas a los conflictos de leyes en las materias de Derecho privado y también respecto a éstas a una sucinta enunciación de los principios generales imperantes en las supremas categorías de las relaciones (1) (2).

a) *Derechos de las personas y de familia.*—Dispone el artículo 6.º que el «estado y la capacidad de las personas, así como las relaciones de familia, son regulados por la ley de la nación a que aquéllas pertenecen». Qué es lo que debe entenderse por «ley nacional», lo hemos ya dicho al indicar que la palabra nación es tomada aquí en el sentido del Estado al cual se halla ligado el particular por vínculo político. Es, pues, el vínculo de ciudadanía y no el étnico de pertenencia a un grupo nacional lo que decidirá sobre la ley aplicable a la capacidad jurídica en general y a la capacidad de obrar lo que determinará cuándo cesa la menor edad y decidirá sobre el estado de filiación, de paternidad, de cónyuge, relaciones personales entre padres e hijos, entre cónyuges, etc. Pueden surgir, sin embargo, cuestiones preliminares no resueltas por la fórmula del artículo, que no decide sobre cuál sea la ley nacional aplicable. Puede suceder que la nacionalidad resulte discutida en cuanto comprobada la condición de extranjero de una persona deba fijarse el Estado a que pertenezca para establecer la ley reguladora de su capacidad o de sus relaciones familiares.

Y la cuestión se agrava en dos hipótesis que, si no son frecuentes, tampoco resultan imposibles: cuando alguno posea una doble nacionalidad (3) o no posea ninguna (4).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículo 9 del Código civil español.

(2) Ver Fedozzi, *Cenni sulla interpret. della leggi di Diritto inter. priv.* (Studi per Scialoja II, pág. 433); Ghirardini, *Sull. interpr. del Dir. inter. priv.* (Riv. di Dir. intern., 1919, pág. 289 y siguientes).

(3) Esto sucede con los hijos de italianos nacidos en Inglaterra, que según la ley inglesa son ingleses y según la nuestra son italianos, o con la mujer inglesa que, casándose con italiano, es italiana (ley de 13 de Junio de 1912, art. 10) e inglesa según la ley inglesa.

(4) Este segundo caso posible según las normas del Código civil hoy merced a la ley sobre la ciudadanía, es imposible o muy difícil.

Se debe entonces recurrir a otros criterios subsidiarios: uno de éstos es el del domicilio o de la residencia, que en el caso de doble nacionalidad entre las dos leyes nacionales elige la del lugar en que la persona tenga su actual domicilio, mientras en el caso de los sin patria, faltando una ley nacional, se considerará como tal *la lex domicilii*.

También precisa recurrir a otros principios subsidiarios cuando se trata de relaciones familiares u otras análogas en que se tomen en consideración varias personas y donde, por consiguiente, es necesario determinar previamente cuál de entre las leyes nacionales de las mismas deba regir la relación. Ya que si para decidir sobre la capacidad para contraer matrimonio, para adoptar y ser adoptado, asumir la tutela y estar a ella sometido, se debe tener en cuenta la ley nacional de cada uno de los esposos del adoptante y del adoptado, del tutor y del pupilo. ¿Cuál de las dos leyes (cuando subsista después del matrimonio o la adopción la diversidad de nacionalidades) regirá la relación conyugal o de paternidad adoptiva o de tutela, en su doble aspecto meramente personal y patrimonial? (1).

(1) Dos puntos son particularmente notables. De los artículos 2 y 3 del primer Convenio (en materia de matrimonio) deriva que los Estados contratantes tienen la facultad de prohibir el matrimonio de los extranjeros que fuese contrario a las propias disposiciones prohibitivas en lo que se refiere, a) grados de parentesco y afinidad para los que exista una prohibición absoluta; b) los culpables de adulterio, uno de los cuales haya obtenido la disolución del matrimonio precisamente por razón de adulterio y contra los cuales exista la prohibición absoluta del matrimonio; c) las personas que hayan sido condenadas por haber atentado concertadamente contra la vida del cónyuge de una de ellas y contra las cuales exista una prohibición análoga. Nuestro Código, art. 102, quiere determinada la capacidad de un extranjero para contraer matrimonio por su ley nacional; sin embargo lo somete en cuanto a los impedimentos, a los señalados por la ley italiana y para ésta son impedimentos, a más de la consanguinidad y la afinidad dentro de determinados grados, el estado de viudez dentro de los diez meses siguientes a la muerte del marido, la existencia de otro matrimonio no disuelto o anulado, el homicidio en grado de tentativa frustrado o consumado, realizado en uno de los cónyuges, etc. Ahora bien; puesto que el Convenio, al dar facultad de prohibir el matrimonio por los tres motivos indicados en el art. 2.º, no consiente que en el territorio de los Estados contratantes se pueda impedir el ma-

El recurso al concepto de que la unidad del consorcio familiar es dada por la persona del marido o del padre, y el de que la tutela es una institución a favor del menor incapaz, indicará como ley reguladora, respectivamente, la nacional del marido, del adoptante, del pupilo, en cuanto se refiera a las relaciones personales y, por regla general, a las patrimoniales, si bien en lo que a estas últimas atañe, y por lo que respecta al matrimonio, la cuestión es muy controvertida.

Estas y otras múltiples cuestiones, cuya solución es insuficiente a proporcionar la fórmula del art. 6.º, han sido más completamente disciplinadas en lo que se refiere a las materias de matrimonio, divorcio y separación de los cónyuges y tutela por los tres Convenios de La Haya de 12 de Julio de 1902, que (nótese bien) han creado entre Italia y los demás Estados contratantes, que fueron la mayor parte de los europeos, un especial sistema de Derecho internacional privado cuyas normas tienen eficacia obligatoria en todo el territorio de los Estados que lo pactaron y han modificado en algún punto las normas de conflicto italianas, cuyo vigor subsiste con relación a los Estados no contratantes. Se aplica además la ley nacional a las personas ju-

trimonio por otros motivos, es claro que el art. 102 del Código civil requiere, por parte de los Estados contratantes y en relación con ellos, una profunda modificación no pudiendo rehusar la autorización al matrimonio para los súbditos de tales Estados por los motivos enumerados en el artículo 102 que no sean los establecidos en el Convenio. Más singular es el efecto del art. 2, n. 2 del Convenio sobre el art. 62 del Código civil que sienta como impedimento el hecho de que alguien haya sido declarado en juicio criminal reo de delito de homicidio voluntario consumado, tentativa o frustrado en la persona de uno de los cónyuges. El art. 2, n. 2, habla solo de personas condenadas por haber atentado concertadamente contra la vida del cónyuge de una de ellas exigiendo una complicidad por parte de uno de los cónyuges y el tercero que quisiera casar con él mientras el Código italiano prohíbe el matrimonio, si el tercero ha atentado sin haber complicidad por parte del otro cónyuge. Tal hipótesis pierde valor de impedimento en el territorio del Convenio.

Un amplio comentario de los tres importantes Convenios se debe a Buzzati, *Tratt. di Dir. intern. pr. secondo le Conv. dell'Aia*, Milán 1907, volumen I; de él han sido tomadas estas notas; ver también Filomusi, *Enc.*, página 7-79.

rídicas extranjeras, salvo las disposiciones de orden público que prohiban admitirlas al ejercicio de los derechos en Italia (por ejemplo, Corporaciones religiosas suprimidas).

Y, excepcionalmente, derogando el principio establecido en el art. 6.º, no será la ley nacional la que regule la capacidad, sino la del lugar en que se haya contraído la obligación cuando se trate de obligaciones mercantiles, según la disposición del artículo 58 del Código de Comercio, interpretada en tal sentido por la mayoría de los autores (1).

b) *Derechos reales* (2).—La antigua y tradicional doctrina que distingue entre bienes muebles e inmuebles aplicando a aquéllos la ley del propietario, según la máxima *mobilia personam sequuntur*, y a éstos la ley del lugar en que están sitos (*lex rei sitae*)—mientras que una doctrina contraria, sostenida principalmente en Alemania, quiere se aplique a unos y a otros la *lex reissitae*—, ha sido acogida por nuestro Código en el art. 7.º: «los bienes muebles se hallan sujetos a la ley de la nación del propietario salvo las contrarias disposiciones de la ley del país en que se hallen. Los bienes inmuebles están sujetos a la ley del país en que se hallan» (3); el fundamento de la regla relativa a los muebles es la ficción por la cual se reputa que éstos siguen a la persona del propietario y en la oportunidad de sustraer la regulación de la propiedad mobiliaria a los continuos y rápidos cambios de legislación que derivarían de la adopción de la regla contraria.

Desde el punto de vista abstracto es bastante dudoso si tal fundamento es o no racional y si no sea mejor y más adaptado a la realidad de las cosas el principio de la aplicación de la *lex rei sitae* también a los muebles desde el punto de vista del Derecho positivo, la excepción «salvas las contrarias disposiciones de la ley del país en que se hallen», aporta una limitación tan

(1) El artículo ha dado lugar a controversias; puede verse un resumen de éstas en las notas de Venzi al Pacifici, *Ist.* I, pág. 627.

(2) Ver Diena, *I Diritti reali considerati nel Dir. intern. priv.*, Torino 1895; *I conflitti di legge in materia di Dir. reali*, Riv. Dir. comm. 1911, I, pág. 508 y siguientes.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. - Artículo 10 del Código civil español.

amplia a la regla que destruye gran parte de su valor. Discutidísimo en la doctrina es el preciso significado de esta excepción, que no parece deba entenderse en el sentido de la no aplicabilidad de la ley extranjera cuando les sean contrarias las disposiciones de orden público interno, puesto que ésto resulta ya declarado por vía general para todas las especies de derechos y relaciones jurídicas por el art. 12; su alcance, según nuestra opinión, es más amplio en cuanto que a la ley de la situación deben estar sujetas todas las relaciones mobiliarias en lo que se refiere a la organización local de la propiedad, aun cuando el orden público interno no fuera obstáculo a la admisión de una ley extranjera (1).

c) *Derechos de obligación* (2).—Dominante en materia de obligaciones la autonomía de la voluntad, impera antes que cualquiera otra la ley elegida por las partes (*lex voluntatis*), ya se verifique la elección de modo expreso o ya tácitamente. Es, pues, ante todo, una cuestión de interpretación de la voluntad la que se ofrece primeramente en este campo.

Sólo a falta de una voluntad expresa o tácitamente manifestada intervienen otras reglas; se aplicará la ley nacional de los contrayentes si pertenecen al mismo Estado, la ley del lugar en que la obligación se contrajo si son de nacionalidad distinta. Según la fórmula del art. 9.º, «la esencia y los efectos de la obligación se reputarán regulados por la ley del lugar en que el acto se verificó y si los contrayentes pertenecen a una misma nación por su ley nacional, salvo siempre el poder manifestar una voluntad diversa»; esta doble regla se basa en una presunción de voluntad que cae cuando se demuestra la existencia de una voluntad diferente.

Es preciso aclarar el contenido de esa regla, que no resulta exactamente formulada. Aunque en ella se habla de obligaciones en general, el contenido de ambas reglas se limita a las obligaciones contractuales. Pero las obligaciones pueden derivar tam-

(1) Ver Venzi en Pacifici, *Ist.* I. pág. 404 y siguientes.

(2) Velle *La Sostanza e gli effetti delle obblig. nel Dir. intern. priv.* (en *Dig. it.*), Salvioli, *Note critiche sulle obblig. nel Dir. intern. priv.* (*Riv. Dir. int.*, 1919, pág. 32 y siguientes).

bién de la ley, del delito, del cuasi delito y del cuasi contrato y para éstas resultan inaplicables.

Debería aplicarse a las obligaciones *ex lege* (por ejemplo, a la obligación de alimentar, a la que deriva de relaciones de vecindad) la ley que regula la relación personal o de familia o bien la relación real en que se originan, y por ello la ley nacional en el primer caso y la territorial en el segundo; a las que se originan en el delito o cuasi delito, la ley del lugar en que el mismo ha sido cometido; a las que nacen del cuasi contrato, la ley del lugar en que el acto que crea la obligación se realizó (ley del lugar del pago de lo indebido del negocio en gestión, según se trate de la *condictio indebiti* o de la *negotiorum gestio* o bien la de la relación, nacional o territorial, en los demás casos.

d) *Sucesiones* (1).—Un principio que tuvo gran autoridad en otros tiempos en materia de sucesiones era el de que éstas fuesen reguladas por la ley del lugar en que los bienes se hallasen situados; de modo que había tantas leyes aplicables cuantos fueran los territorios en que radicaban los bienes (*tot hereditates quot territoria*), pero fué abandonado y sustituido por otro que las regulaba unitariamente. Inspirándose en el concepto de que ya derive de la ley (sucesión legítima) o de la voluntad (testamentaria), en ellas se manifiestan las características nacionales de la persona (sobre todo en la sucesión legítima por la íntima conexión que tiene con los derechos de familia), el legislador italiano ha elegido, muy oportunamente, como ley reguladora la nacional del *de cuius*. Y en cuanto que considerada la herencia como *universitas*, se debe prescindir de toda distinción entre bienes muebles e inmuebles. «Las sucesiones legítimas y testamentarias, en cuanto al orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios e intrínseca validez de las disposiciones, están reguladas por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes» (art. 8.º) (2).

(1) Ver Diena, *L'art. 8 delle disp. prel. al Cód. civ.* (Riv. Dir. intern., 1906, pág. 576 y siguientes); Anzilotti, *L'art. 8 delle disp. prel. al Cód. civ. e la regola, quot territoria tot hereditates* (Riv. Dir. intern., pág. 569).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. - Artículo 10, párrafo 2.º del Código civil español.

La ley nacional del difunto es la que le corresponde al tiempo de su muerte y ella sola regirá, por tanto, el orden de sucesión de los llamados a la herencia, la cuantía de las cuotas, validez de las disposiciones, derecho de representación, derecho de acrecer, etc.

Esta norma se halla completada por el art. 9.º, que ha equiparado las donaciones a los legados por influjo del Derecho francés, sometiendo éstos y aquéllos a la ley nacional del disponente. «La herencia y efectos de las donaciones y de las disposiciones de última voluntad se regularán por la ley nacional de los disponentes» (1).

e) *Forma de los actos* (2).—En cuanto a la forma de los actos, dos principios se encuentran en nuestro sistema según la regla del art. 9.º. «Las formas extrínsecas de los actos *inter vivos* y de última voluntad, se determinan por la ley del lugar en que se efectúan».

Es, sin embargo, facultad de los disponentes o contratantes emplear las formas que preceptúa la ley nacional de los mismos, con tal que ésta sea común a todas las partes. Tiene, por consiguiente, acogida en el sistema el principio tradicional *locus regit actum*, que quiere que la forma sea regida por la ley del lugar en que el acto se realiza y el de la autonomía, que consiente el recurrir a la forma determinada por una legislación diversa. El primero funciona como regla y el segundo como derogación de la misma. Y este segundo principio se halla, a su vez, sujeto a una doble limitación; cuando no se siga la forma local, la ley que puede elegirse, es únicamente la nacional, de quien contrata o dispone testamentariamente; y cuando se trata de contrato, es preciso, además, que sea común a ambos contra-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Ver el artículo 620 del Código civil español.

(2) Ver Milone, *La regola locus regit actum* e l'art. 11 della l. intr. al Cód. civ. germ. (Studi per Fadda I, página 3 y siguientes); Surville, *La regle locus regit actum et le test.* (Journal de Dr. intern., 1906, páginas 961 y siguientes); Dreyfus *L'acte jurid. en Dr. priv. intern.*, París, 1904.

tantes, es decir, precisa que tengan una misma nacionalidad para poder ser eludidas las formas locales (1) (2).

(1) La expresión literal del art. 9 refiriéndose a disponentes y contrayentes, pudiera a primera vista inclinar a creer que la cláusula «*com*tal que ésta sea común a todas las partes» deba extenderse también a los primeros; pero como no puede hablarse de partes si no es en relación a los contratos, sólo a éstos debe referirse la regla.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.— El art. 11 del Código civil español aplica el principio tradicional *locus regit actum*, sin más reserva que la referente a actos autorizados por funcionarios diplomáticos consulares de España en el extranjero.

CAPITULO VI

El Derecho subjetivo en particular

§ 21.—*Definiciones y caracteres del Derecho subjetivo*

Filomusi, Enc. § 6; Vanni, Lez. pág. 109; Holtzendorff, Enc. I, pág. 310, pág. 464, página 581; Chironi. Ist. I, §§ 21-24; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 109; Gianturco, Sist. I, § 44; Coviello, Man. I, § 7; Crome, Par. gen., § 13; Windscheid, Pand. I, § 37; Regelsberger, Pand. I, §§ 14-16.

La noción del Derecho subjetivo, que ya someramente expusimos al contraponerlo al Derecho objetivo, y al decir que era una *facultas agendi*, debe ser ahora más profundamente estudiada, tanto más cuanto que de él se dan varias definiciones, tomándose ya uno, ya otro de sus elementos como criterio para la determinación del concepto (1).

Una teoría muy difundida concibe el Derecho subjetivo como un «poder de la voluntad», como un «señorío del querer», es un poder que corresponde a la persona en virtud del ordenamiento jurídico de obrar, según las normas del Derecho objetivo, una esfera (como dice Savigny) (2) en la cual reina la voluntad de la persona y reina con nuestro consentimiento. El orden jurídico, dice Windscheid (3), dicta una norma, ordena una determinada conducta, poniendo este precepto a la libre disposición de aquel en cuyo favor lo ha dictado. De la norma así surgida, puede valer-

(1) Sobre la teoría general del Derecho subjetivo, ver Thon, *Rechts-norun und subjectives Recht*, Weimar, 1878; Cicala, *Rapporto giuridico Diritto subiettivo e pretera*, Torino, 1909; Del Vecchio, *Il concetto del Diritto* página 95 y siguientes.

(2) Sistema I, pág. 36.

(3) Pandette, I, págs. 169-170.

se el particular con plena libertad para la consecución de sus fines y si se vale de ella, el ordenamiento jurídico le proporciona los medios oportunos para constreñir a los demás a la observancia de aquel precepto. Pero lo que es decisivo es la voluntad del particular; el orden jurídico, dictado el precepto, se despoja de él a favor del particular, la norma abstracta, se concreta en una particular protección del sujeto por determinación de su voluntad, que es decisiva para el nacimiento del Derecho.

Derecho subjetivo es, pues, un poder de la voluntad, una facultad de obrar dentro de los límites señalados por el Derecho objetivo; poder que resulta tutelado y protegido por éste.

A esta manera de entenderlo se han formulado serias objeciones por aquellos a quienes los conceptos de poder y de voluntad parecen inadecuados para definir la esencia del Derecho subjetivo. Se ha observado, por una parte, que la voluntad no agota el concepto del Derecho, porque éste no se reduce en su totalidad al elemento volitivo, sino que consta además de otros; por otra parte, se ha considerado que, llevando la voluntad a momento decisivo, se tropieza con la dificultad insuperable de todos aquellos casos en que el Derecho existe independientemente de la voluntad del particular. Ya que si en ésta se basa el Derecho y ella determina la actuación del precepto dado en el ordenamiento jurídico y puesto a disposición del particular, no se explicaría cómo el Derecho pueda surgir también en un incapaz, en el loco y en el niño, en los cuales no hay voluntad ni puede darse otra que la sustituya si carecen de representante. Ni se explica cómo el Derecho pueda darse en persona, capaz de voluntad que ignore, sin embargo, que existe a su favor aquel Derecho.

Por éstas y otras consideraciones que en honor a la brevedad omitimos, otra teoría, vigorosamente mantenida por Ihering (1), elige como momento decisivo la necesidad humana, el interés, para el cual el ordenamiento jurídico apresta su protección en cuanto que la reconoce digno de tutela. El Derecho subjetivo

(1) Geist des röm. Rechts, III, §§ 60-61; Zweckim Recht I, pág. 434 y siguientes.

es, según la definición de Ihering, «un interés jurídicamente protegido», es decir, un interés humano garantizado por la ley, mediante la coacción y concretado en un fin.

Así como la precedente doctrina peca de formalismo y de unilateralidad en cuanto concibe el poder de querer como algo abstracto, prescindiendo del interés a que aquélla se dirige, la segunda, si bien tiene el mérito de dar relieve al contenido real y concreto, incurre también, aunque en otro aspecto, en el mismo vicio de unilateralidad. El interés no constituye, en efecto, la esencia del Derecho, sino solamente el fin del mismo, ya que si es cierto que, a fin de tutelar un interés (naturalmente un interés digno de protección jurídica), el ordenamiento concede derechos al particular, no radica en él o, por lo menos, en él solamente, la esencia del Derecho subjetivo.

La doctrina que nos parece más perfecta es la que resulta de la armónica conciliación de las dos anteriores, tomando como criterio, no exclusivamente el concepto del poder de querer o el del interés, sino ambos unidos. El Derecho subjetivo puede definirse según esta concepción en la que se inspiran la mayoría de los escritores como «el poder de la voluntad del hombre de obrar para satisfacer los propios intereses en conformidad con la norma jurídica».

Para entender mejor el alcance de esta definición, hay que adorarla y fijar bien los elementos que la componen, que son, uno formal, y el otro, material.

a) El elemento formal se constituye del poder que se confiere a la voluntad. Acogiendo en la definición el concepto de voluntad, no se debe entender ésta como una voluntad pura, una voluntad abstracta, de modo que el Derecho no sea más que la realización de la misma. Una tal voluntad sería incapaz de producir efectos con relación al Derecho y de provocar su protección.

Debemos, por el contrario, representarnos una voluntad concreta con contenido determinado y esto no puede darse sino por una voluntad que se dirija a un fin de la vida, a la satisfacción de una necesidad, a una utilidad. Ni puede pensarse en una voluntad del particular, destacada de la voluntad general, ya que

como el derecho objetivo es la voluntad general, esto es, el acuerdo de las voluntades particulares, el derecho subjetivo es parte de tal voluntad general. En otros términos, cuando haya surgido el interés que el derecho objetivo quiere proteger o bien cuando se hayan determinado las condiciones de interés, bajo las cuales el derecho objetivo le otorga la tutela, la norma abstracta se concreta y da vida a una facultad en el particular, quien se convierte en titular del derecho subjetivo; pero, ¿en qué consiste esta facultad?

Su contenido lo pone de manifiesto el concepto mismo del derecho objetivo; si éste impone por vía general el hacer o no hacer, el derecho subjetivo se concreta en el poder que tiene cada uno de obrar en conformidad con la norma, poder que es tutelado y protegido por el Derecho. Es, pues, la facultad de querer y no debe entenderse el que sea siempre necesariamente un querer efectivo, porque puede, en efecto, faltar la voluntad, como sucede en los incapaces y faltar del modo más absoluto, como sucede cuando la voluntad que falta en el incapaz no puede ni siquiera ser suplida por la voluntad del representante por faltar también la representación; pero precisamente porque no se exige un querer efectivo, también pueden ser los incapaces titulares de derechos. Así se explica igualmente la posesión de derechos incluso en quien ignora que los posee. Ello consiste en que la voluntad en el derecho subjetivo no es la voluntad del particular, del titular, sino la voluntad del ordenamiento jurídico (1).

Este poder del particular, que es garantizado por la norma,

(1) Ver Windscheid, Pand. I, pág. 170, n. 3; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pág. 115. En sentido contrario se ha manifestado Fadda en Windscheid, Pand. I, pág. 539 y *Teoría del negocio jurídico*, Nápoles, 1907, pág. 7; el cual como partidario de la teoría de Ihering, objeta que si es la voluntad del ordenamiento jurídico la que impera y ordena y no la voluntad del particular, no se comprende cómo, no obstante esto, resulte esta última la decisiva según la concepción de Windscheid. Esta observación perfectamente justa debe conducir, no ya a eliminar de la definición el elemento de la voluntad, sino a reconocer solamente que la voluntad del particular no es decisiva en cuanto que no precisa un querer efectivo.

puede ser considerado en dos aspectos o funciones: O abstracta y aisladamente como poder de hacer o de no hacer o en relación a alguno o a todos los demás hombres como pretensión, es decir, como facultad de exigir un determinado comportamiento, una acción o una omisión, ya de un particular que se halle especialmente obligado frente al titular o ya de todos los demás. Si el ordenamiento jurídico obliga a restituir la cosa depositada al depositante, o prohíbe al propietario de la fuente el desviar el curso de las aguas en perjuicio de los demás fundos que tienen derecho a disfrutarlas, el titular del derecho tiene la facultad de exigir del particular un hecho (la restitución de la cosa) o una omisión (la no desviación del curso de las aguas); si el ordenamiento protege el derecho de propiedad el titular del mismo tiene la facultad de exigir de los demás el no ser perturbado en el ejercicio del derecho de propiedad.

De esto deriva que a la potestad o al poder de uno corresponde un deber en los demás; a la pretensión, una obligación que se llama *deber jurídico*. Este deber jurídico pesa sobre los demás y es negativo en cuanto que consiste en el deber de abstenerse de todo acto que perturbe o impida el ejercicio de la facultad en el titular; o es de uno sólo o de varios y puede ser positivo o negativo cuando alguno resulte particularmente obligado frente al titular a realizar determinados actos o a abstenerse de realizarlos. Corresponde siempre, pues, a un derecho un deber; uno y otro no son sino aspectos diversos de un mismo fenómeno y surgen de él a un tiempo inseparablemente de modo que resulta vana y desprovista de fundamento toda investigación encaminada a determinar si la facultad surge antes que el deber o el deber antes que la facultad (1).

b) El elemento material está constituido por el fin en cuan-

(1) Una especie de derechos es la de los potestativos (llamados *Rechte des rechtlichen könnens*, en los cuales se dé un simple poder jurídico y no una pretensión ni un deber jurídicos; ver Chiovenda, *Saggi di Dir. proc. civ.*, pág. 20; Flagella, *Riv. dir. comm.*, 1912, I, pág. 1.025; Messina, *Sui c. d. Diritti potestativi* (Studi per Fadda, VI, pág. 327), que niega a estos la condición de derechos subjetivos. Ver Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 341 y siguientes.

to que representa una utilidad y es garantido por el derecho objetivo. Toda utilidad humana, toda necesidad o interés, puede ser objeto de la voluntad, y, por consiguiente, fin del derecho. Por ello, éste protege, no sólo los intereses o necesidades materiales, sino también los de orden intelectual o moral. Sin embargo, no a toda utilidad proporciona el derecho objetivo su tutela, sino sólo a algunas. Cuales sean las utilidades que el ordenamiento jurídico protege y eleva a la categoría de derechos subjetivos, depende de la apreciación que hace de ellas la voluntad colectiva, y como esta apreciación es variable en el tiempo y en el espacio, mudables y variables son las utilidades que cada ordenamiento positivo considera dignas de tutela y que se elevan por esto a pretensiones. Solo de modo general puede decirse que la tutela no se concede más que a los fines que satisfacen exigencias humanas y serias, necesidades reales, reconocidos como tales por la sociedad jurídicamente organizada, no a un interés cualquiera que el particular arbitrariamente se forja encaminado a lograr lo que considera su fin.

Es, pues, la tutela jurídica concretada en la posibilidad de la coacción el criterio que sirve para distinguir y caracterizar el derecho subjetivo; donde éste se da no puede faltar la garantía del derecho objetivo y la garantía la da la *acción*, merced a la que el particular hace valer en juicio la facultad que a él corresponde cuando alguien la haya turbado o desconocido. Cuando esta garantía falta podrá haber un simple interés, pero no un Derecho subjetivo. Ello no significa que todo interés no garantido sea desconocido por el derecho objetivo, sino que entre los varios intereses que poseen los caracteres dichos, hay algunos que se elevan a la categoría de derecho subjetivo, porque están protegidos por una acción y otros que se hallan desprovistos de ésta.

Entre los varios e infinitos intereses, hay unos que se distinguen de todos los demás en que están protegidos, pero no lo están de la misma manera y con igual intensidad con que se hallan tutelados los Derechos subjetivos. Se deben distinguir los intereses *puros* o *simples*, desprovistos de tutela y los intereses legítimos que reciben protección, pero la tienen, no ya con la

acción judicial, sino con recurso a los órganos de la justicia administrativa. La contraposición entre *derecho subjetivo e interés legítimo* tiene su mayor importancia en el campo del Derecho administrativo (1). Hay, en efecto, obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a la administración pública en favor de los ciudadanos y se establecen en consideración a una utilidad general. En el cumplimiento de las mismas, tienen interés los ciudadanos por la ventaja que resulta para cada uno de ellos como miembros del grupo, pero como las normas que crean tales obligaciones no se encaminan a un fin individual, el ciudadano como particular, no tiene acción para constreñir a la administración y no es, por esto, sujeto de un derecho. Queda sólo un interés, que no es una simple expectativa, sino algo más; es decir, un interés legítimo; no es derecho subjetivo, porque no se halla provisto de la acción judicial ejercitable ante los Tribunales ordinarios; tampoco es interés puro o simple, porque goza de una tutela, que consiste en recurrir a la justicia administrativa (Secciones IV y V del Consejo de Estado, Junta provincial administrativa) con eficacia y consecuencias diversas de aquellas a que da lugar el ejercicio del derecho subjetivo, ya que, mientras los Tribunales ordinarios no pueden anular el acto administrativo, sino conocer solamente los efectos lesivos del mismo, los órganos de la justicia administrativa, proceden a la anulación de los actos de esta índole. Ejemplos de intereses legítimos así protegidos: el del funcionario público o empleado a obtener el ascenso que le aseguran sus reglamentos orgánicos, del opositor aprobado a obtener el nombramiento, el del pro-

(1) La distinción puede tener importancia también para el Derecho privado donde si normalmente no se conocen más que *derechos*, pueden también darse simples figuras de *intereses*. Ejemplos hallan Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 129, n. 2, en algunas instituciones de derecho familiar (relación matrimonial entre cónyuges, patria potestad, administración de la dote por el marido); mejor quizás es el que ofrece Coviello, Man. I, página 19 del resarcimiento del daño que no es concedido cuando alguien es privado aunque sea por hecho ilícito de una ventaja de hecho que no formaba el contenido de un Derecho y no constituía por ello una ventaja jurídica, si bien quien la gozaba tuviese interés en conservarla.

pietario a oponerse a la expropiación por causa de utilidad pública, etc. (1).

Sentado esto, para completar la noción de derecho subjetivo y antes de examinar sus diversas especies, conviene fijarse en los siguientes principios:

Todo derecho corresponde a un sujeto que es su titular. El concepto de derecho subjetivo es inseparable del de la existencia de una persona a que pertenezca.

Esta máxima no debe tomarse en sentido absoluto y riguroso; ya que si en modo normal no pueden existir derechos sin sujeto, no puede desconocerse que hay derechos a los cuales falta momentáneamente un sujeto o porque tenían uno que luego perdieron o porque no lo han tenido nunca, hallándose, sin embargo, destinados a tenerlo. Ejemplos típicos de derechos sin sujeto los ofrece el Derecho romano en el caso del ciudadano que cae prisionero del enemigo y pierde con la capacidad todos los derechos de que se hallaba investido; sus relaciones jurídicas no se extinguían, quedaban pendientes, se le reservaban para el caso que volviese a la patria (*ius postliminii*, ver Gayo I, 129) y se extinguían definitivamente si moría en cautiverio. En el Derecho moderno puede servir de ejemplo el de una disposición testamentaria en favor de los hijos no nacidos, ni siquiera concebidos de una determinada persona viviente al tiempo de la muerte del testador (Código civil, art. 764); otro ejemplo es el del título al portador abandonado por su poseedor que no haya caído aún en manos de otro; también en el Derecho romano y en el moderno el de la herencia yacente.

En estos y otros casos se tiene una relación jurídica, a la que actualmente falta el titular, pero que se mantiene con vida porque existe la posibilidad de que aparezca el sujeto. Si el prisionero regresa a su patria, si los hijos de una determinada persona nacen, si alguien se apodera del título, el Derecho saldrá del estado de suspensión para encarnar en un titular. Este estado de

(1) Esta materia se desenvuelve en todos los tratados de Derecho administrativo; véase Jellinek, *System Dir. subjectiven, Offentlichen Rechte*, 2.^a ed. Flübingen 1905; Ferraris, *Il Diritto soggettivi e gli interessi legittimi* (Reud della R. Ac. dei Lincei XXIX, 1920).

suspensión de una relación jurídica por virtud de la cual existe, aunque transitoriamente sin sujeto, no tiene en sí nada de ilógico ni contradictorio; justificado por su oportunidad se explica como hizo Ihering (1) apelando al doble aspecto del derecho subjetivo. Hay en él un aspecto y un efecto activo: la pertenencia a un titular; un aspecto y un efecto pasivo que consiste en el vínculo a que se halla sometida la persona o la cosa a las cuales el Derecho del titular se refiere. En el primer aspecto no puede concebirse sin un sujeto, porque se identifica con la posición jurídica del titular; el segundo puede ser concebido aisladamente como un vínculo objetivo que sujeta la persona o la cosa en vista de un fin y en expectativa de un sujeto futuro (2).

Con esto queda aclarado que el fenómeno de la carencia actual de sujeto solo transitoriamente es posible. Un Derecho que esté sin sujeto de modo permanente es un concepto contradictorio, no pudiéndose concebir un poder de obrar para la consecución de un fin, en consideración al cual es aquel poder protegido sin que éste poder pertenezca ni ahora ni nunca a nadie.

Sujeto natural del Derecho es el hombre, es decir, la persona física. *Cum igitur*, escribió Hermogeniano, *hominum causa omne jus constitutum sit, primo de personarum statu... dicemus* (2 D. I. 5.) y persona es el hombre libre. Desaparecida con la supresión de la esclavitud toda distinción entre libres y esclavos por la cual en el mundo romano sólo los primeros eran sujetos de Derecho mientras los segundos no lo eran y venían en multitud de casos tratados como simples «res», todos los hombres son hoy sujetos porque todos son capaces de derecho. Supuesto de la persona es la capacidad de querer y tal capacidad es por el Derecho moderno reconocida a todos; el concepto de capacidad se identifica con el de la personalidad.

(1) Sahr. f. die Dogmatik, X, pág. 387; ver además Windscheid, Pand. I, pág. 207, n. 3; Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 710, que refuerzan la teoría de Ihering. Bekker, Pand. I, 52. Cicala, op. cit. página 21 y siguientes; Demogue, *La notion du sujet de Droit* (Rev. trim. de Derecho civil, 1909, pág. 610 y siguientes).

(2) Ferrara, Tratt. Dir. civ., I, pág. 453, rechaza la idea de derechos sin sujeto y habla de vínculo de bienes reservados a un sujeto futuro.

No sólo a los hombres es reconocida tal capacidad. Cuando un fin social no puede ser conseguido con las fuerzas individuales de uno sólo y exija la cooperación de varios, se forman entes más o menos complejos mediante la reunión de varias personas o la destinación de un patrimonio a tal fin; a estos entes artificialmente creados por la necesidad, les es reconocida una individualidad propia que los hace sujetos de derechos en cuanto que hay en ellos correspondientemente a la actividad que despliegan una voluntad y una conciencia como en el individuo.

Según una distinción tradicional, las varias especies de colectividades pueden reducirse a dos tipos fundamentales. En efecto, hay una organización de personas reunidas para la consecución de un fin común y que actúa como un todo, de modo que el todo se distingue de las partes que lo componen, tiene una voluntad distinta de la de sus miembros, sin que sea la suma de las voluntades individuales sino la resultante de ellas: y esta que los romanos llaman *Corpus*, *Collegium* o *Societas* es llamada por nosotros *corporación* y según la terminología escolástica *Universitas personarum*. O es un conjunto de bienes, un patrimonio destinado por uno o más individuos a un fin (por ejemplo, cura de enfermos, socorro de menesterosos, culto de la divinidad) con administradores que deben cuidar de que los bienes sean destinados al fin querido, y a esto se llama *fundación* o *universitas bonorum* (para los romanos eran *piae causae*).

El tipo más perfecto de personas jurídicas es el Estado, al lado del cual figuran los demás entes públicos menores (Provincias, Municipios). Pero aún existen en el Estado otras muchas de infinita variedad que difícilmente pueden reducirse a las dos categorías dichas. Carácter común a todas es que asumen una individualidad propia distinta de los miembros que constituyen la corporación o de las personas encargadas de la administración de la fundación.

Esta individualidad propia hace que las personas jurídicas, en cuanto son legalmente reconocidas por el Estado, son consideradas por el derecho objetivo como sujetos y, por consiguiente, capaces de derechos. Excepción hecha del Estado que es la

persona jurídica máxima y no necesita de reconocimiento todos los demás entes, Provincias, Municipios, establecimientos públicos ya sean civiles o eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales, son considerados como personas lo mismo que los individuos (Código civil, art. 2) (1). Pero la personificación no puede ir más allá de los límites impuestos por la naturaleza misma de las cosas y se comprende fácilmente que la capacidad de las personas jurídicas es capacidad limitada a los derechos patrimoniales y que no se extiende a los demás derechos que presuponen como elemento esencial la persona física. Cómo se debe explicar el fenómeno de la personificación, se verá más adelante.

Persona es, pues, todo sujeto de derecho.

Ahora bien; en cuanto el hombre es persona, derivan en él una serie de facultades o poderes que no podrían desconocerse sin negarle la cualidad de persona. Estas facultades que una antigua terminología llamaba derechos innatos y que la escuela del Derecho natural concibió como preexistentes a su reconocimiento por parte del Estado y que declaró absolutos e imprescriptibles, derivan de la naturaleza humana, que es su fundamento natural, pero hallan siempre en el Estado la fuente de su existencia. Derechos esenciales de la persona, consisten en las libertades que son garantidas al hombre por el Derecho objetivo, ya sean libertades de acción o de pensamiento, políticas o civiles, de asociación o religiosas, etc. Surgen en el individuo facultades singulares como el derecho a la libertad, a la integridad personal, a la vida, al honor, las cuales constituyen en su conjunto la personalidad.

Pero si la suma de estas facultades, constituyendo la esencia de la personalidad puede llamarse Derecho de personalidad, no debe creerse que la personalidad por sí misma represente un derecho subjetivo, un derecho del individuo a ser reconocido como persona, es decir, como sujeto. La personalidad es, por el contrario, el supuesto de todo derecho subjetivo, porque el Derecho presupone necesariamente la existencia de la persona, no

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 35 y 38 del Código civil español.

siendo concebible un ordenamiento jurídico sin su agrupación de sujetos capaces (1).

Y análogamente no constituye derecho subjetivo la capacidad jurídica. Puesto que el concepto de personalidad se identifica como hemos dicho, con la capacidad jurídica se debe repetir en cuanto a ésta la observación hecha respecto de aquélla. Ella es el supuesto de todo derecho subjetivo, la base natural de la que surgirán las relaciones jurídicas concretas en que el particular interviene. Puede en ocasiones el derecho objetivo desconocerla o restringirla y podrá ejercitarse siempre dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico. Fuera de estos casos compete a todos en cuanto que son sujetos de derecho y viene reconocida por el ordenamiento jurídico y tutelada contra todo atentado mediante sanciones de carácter general.

§ 22.—*Especies de derechos subjetivos*

Filomusi, Enc. § 44 y siguientes; Vanni, Lez. pág. 115; Holtzendorff, Enc. I. págs. 23 335, 579, 577, II, 531; Brugi, Ist. § 15; Pacifici, Ist. II, pág. 1; Gianturco, Sist. I §§ 45-47; Chironi, Ist. § 22-23; Chironi y Abello, Tratt. I. pág. 113; Coviello, Man. I, § 9; Crome, Par. gen., §§ 13-21; Savigny, Sist., §§ 53-59; Windscheid, Pand, I, § 38 y siguientes; Regelsberger, Pand. I, §§ 49-51.

Dada la múltiple variedad de las relaciones entre los hombres como individuos o como miembros de la organización estatal, fácil es comprender la variedad y multiplicidad existentes en la serie de los derechos subjetivos. Por ello se impone la necesidad de una clasificación que fijándose en las notas comunes y en las diferenciales recoja en grupos homogéneos las diversas figuras y las reduzca todas a unidad orgánica y sistemática. Tal obra de clasificación es muy difícil porque existen notas o caracteres que son comunes a varios grupos y dentro de cada grupo figuras de derechos que ofrecen caracteres diferenciales que no encajan bien en una categoría preestablecida; por ello son varias las clasificaciones adoptadas y puede decirse que cada autor tiene la

(1) Sobre la distinción entre personalidad jurídica y Derecho de personalidad, ver Ferrara, Tratt. Dir. civ., I, pág. 393.

suya propia. Sin embargo, hay categorías generales que todos aceptan, siendo fundamentales para la construcción de cualquier sistema. A estos nos hemos de concretar.

Substancialmente son posibles dos categorías, según que se mire a la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo o bien al objeto y contenido del mismo.

I. En el primer aspecto los derechos subjetivos pueden dividirse:

a) En absolutos y relativos según que tengan una eficacia universal e implique un deber de todos respecto a su sujeto o impliquen una eficiencia particular, un deber de una o varias personas determinadas. Característica de los primeros es que al derecho existente en el titular corresponde un deber general y negativo en cuanto se impone a todos los terceros una limitación, la obligación de abstenerse de turbar al titular; una lesión del derecho puede verificarse por un tercero que lo desconozca o atente contra él de modo que el restablecimiento del derecho ofendido o el resarcimiento del perjuicio, se operan mediante una acción que se puede ejercitar en abstracto contra todos los terceros y en concreto contra el que haya cometido la violación del derecho. A esta pertenecen no solo los derechos que corresponden al particular en cuanto es persona sino también los que constituyen o definen la posición jurídica del sujeto dentro del grupo social, es decir, su *status* los derechos de familia y la mayor parte de los derechos reales. Característica de la segunda categoría es que al derecho corresponde un deber particular de una o varias personas determinadas en cuanto éstas se hallan obligadas con respecto al titular a hacer o no hacer algo de modo que sólo a éstas les es impuesta una limitación, un deber que puede ser a su vez positivo o negativo según el contenido especial de la prestación a que vienen obligados. De donde resulta que la violación de la relación no es posible sino por parte de la persona particularmente obligada y por ello la dirección de la acción resulta originariamente fijada desde el momento en que la relación se constituye. Ejemplos típicos son los derechos de crédito.

Se ha objetado por algunos que el deber de no lesionar las

relaciones ajenas se impone igualmente a todos en los derechos relativos; verdaderamente la afirmación sentada no significa que en los derechos de crédito y demás que se agrupan en la segunda categoría, no exista un deber general y negativo de no turbarlos ni mucho menos que no exista la posibilidad de turbarlos por parte de los terceros; puede un tercero impedir que un deudor me pague mi crédito o destruir la cosa que me debe y contra tales lesiones no ha de faltarme protección. Pero lo que viene protegido no es la relación de crédito sino un derecho que es absoluto, el derecho de propiedad que corresponde a mi deudor sobre la cosa en el segundo caso, el derecho que yo tengo a la integridad de mi patrimonio, del cual forma parte el crédito en el primero.

b) En originarios y derivados, según que se produzcan en el titular independientemente de una actividad de parte de éste dirigida o encaminada a adquirirlos o bien se adquieran por efecto de un hecho suyo. Entran en la primera especie todos los derechos inherentes a la persona; en la segunda, los demás que presuponen los primeros y son derivados en cuanto que son producto de una actividad del titular, aunque no vaya acompañada ésta de la voluntad dirigida precisamente a adquirirlos (1).

c) En transmisibles e intransmisibles según que se admita o no la posibilidad de transferirlos del titular a quien corresponden a otro sujeto. Todos los derechos privados subjetivos en general pueden ser transferidos de una a otra persona por los modos de adquisición que el derecho objetivo determina y que son distintos según la intrínseca naturaleza del derecho que se transmite. Transmisión es precisamente la transferencia de un derecho en favor de otros y puede operarse esta transferencia o sólo para un derecho singular o en la sucesión *mortis causa* para todo el conjunto de derechos del titular. No todos los derechos son susceptibles de ella; hay algunos que se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y

(1) Diverso valor y contenido asigna a la distinción Bekker, *System des holl. Pandektenrechts*, I, pág. 94, Beil II.

por eso se llaman derechos personalísimos. Pertenecen a éstos en primer término, los derechos que forman el contenido de la personalidad y además los derechos inherentes al *status*, los derechos familiares y entre los patrimoniales, algunos que van estrechamente unidos a la persona del titular, como son las servidumbres personales (1).

2. Con relación a su objeto y al contenido intrínseco, los derechos subjetivos se distinguen:

a) En derechos subjetivos *públicos* y *privados* según que la norma de derecho objetivo en que se fundan sea de Derecho público o de Derecho privado. Este es el criterio más seguro para la determinación de la categoría a que el derecho pertenece y conviene a tal efecto recordar lo dicho al hablar de la distinción entre Derecho público y privado fundada como se ha visto en el doble elemento del sujeto (público o privado) a que la norma se refiere y del fin que con la misma se persigue.

Es superfluo añadir aquí que por sujeto a que la norma se refiere no debe entenderse el sujeto de la facultad o pretensión que de la norma brota, sino la persona en interés de la que se da la norma; lo cual explica como pueda ser titular del derecho subjetivo público, no sólo el Estado sino también el ciudadano. Por el contrario, no es decisiva para determinar la naturaleza del derecho subjetivo la cualidad del titular porque si normalmente corresponden al particular los derechos subjetivos privados y al Estado y a las demás personas jurídicas que tengan carácter político o público los derechos subjetivos públicos, hay algunos de estos que corresponden al particular (como por ejemplo el electoral) y otros privados que corresponden al Estado y a otras co-

(1) Otras distinciones menos importantes son las de derechos principales y derechos accesorios, divisibles e indivisibles, presentes y futuros, positivos y negativos, de las cuales algunas como la última tienen significación muy diversa (ver Chironi y Abello, *Tratt.* I, págs. 114-115, Bekker, *System des holl. Pandektenrechts*, I, § 28, pág. 89 y siguientes; Regelsberger *Pand.* I, pág. 207) derivada de la anfibología de los términos empleados y no ofrece utilidad alguna ni práctica ni dogmática. Sobre tales distinciones ver Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 416 y siguientes. Otra distinción puede hacerse de derechos revocables e irrevocables. Ver Maroi, *Irrevocabilité* (*Diz. prat. di Dir. priv.*).

lectividades en cuanto éstas y aquél se presenten con una determinada relación despojados de su carácter político.

No faltan escritores, especialmente en Alemania, que afirman que los derechos subjetivos públicos no pueden pertenecer más que al Estado y niegan la existencia de derechos públicos individuales. Así, por ejemplo, el derecho electoral correspondiente al ciudadano, no sería un derecho subjetivo porque el ciudadano no puede tener derechos con respecto al Estado ya que éste, como entidad política soberana dicta a sus súbditos las normas e impone obligaciones y limitaciones pero no puede él sufrirlas (1). Pero este concepto debe ser rechazado como una exageración de la soberanía del Estado ya que no puede negarse que cuando el ciudadano ejerce una facultad que le corresponde como miembro de la comunidad para la consecución de un fin que no es particular suyo sino que lleva en sí el interés general de todos y del Estado, esta facultad, al ser garantida por el ordenamiento, alcanza la dignidad de un verdadero y propio derecho subjetivo (2).

Dejando aparte los derechos subjetivos públicos, los privados se subdistinguen en las categorías siguientes:

b) Ante todo, a los derechos patrimoniales se contraponen los no patrimoniales, que otros llaman personales. Pero esta última locución, que puede tener dos acepciones en cuanto sirve a designar los derechos de obligación en contraposición a los reales o los derechos referentes al individuo como persona, pre-

(1) Ver sobre el criterio de distinción que es uno de los puntos más discutidos de Derecho público, Ranelletti, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi indiv. e Collet* (Studi per Fadda II, pág. 247) Dir. ammin. I, página 444 y siguientes; Ferraris, *I Diritti soggettivi e gli interessi legittimi* (Rend. R. Acc. Lincei XXIX, 1920, pág. 9) *Presutti di Dir. ammin.*, Napoli, 1917, I, pág. 113 y siguientes.

(2) Ver Jellinek, *System der subjectiven Offenthchen Rechte*, 2.^a ed., Fribingen 1905 (Trad. italiana vitagliano, Milano 1912); Longo, *La teoria dei Diritti pubblici subbietivi* (Archiv. di Diritto pubbl., I, pág. 174 y siguientes); Romano, *La teoria dei Diritti pubblici subbietivi*, en Orlando Tratt. di Dir. ammin., I, pág. 110 y siguientes; Maiorana, *La nozione dei Diritti pubblici subbietivi*, 1904.

ferimos reservarla a esta categoría, es decir, a los derechos correspondientes a la persona.

El criterio diferencial viene dado por el contenido económico de las facultades correspondientes al sujeto y por el concepto de patrimonio. *Patrimonio* es, según la definición más corriente, el conjunto de bienes pertenecientes a una persona que tienen una utilidad económica y que pueden valuarse en dinero; según otros, es el conjunto de derechos que tienen por objeto tales bienes. Más completa y exactamente es definido como el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona que tengan una utilidad económica y sean por ello susceptibles de estimación pecuniaria (1). Se debe prescindir en la determinación jurídica del concepto de patrimonio de su consistencia efectiva, porque siendo compuesto de activo y pasivo se distingue económicamente un patrimonio neto, o sea el conjunto de las cosas y los créditos deducidas las deudas, y un patrimonio bruto constituido por el conjunto de relaciones patrimoniales sin hacer esta deducción, ya que es patrimonio en sentido jurídico también aquel que presente un pasivo superior al activo y no constituya para el titular una riqueza en sentido económico.

Son, por tanto, derechos patrimoniales todos aquellos pecuniariamente estimables que constituyen el patrimonio del sujeto (patrimonio en sentido jurídico), el cual en alguna ocasión y para ciertos fines es considerado por la ley como una unidad orgánica (*universitas iuris*) y tratado como un solo todo independientemente de los derechos que lo componen (así, por ejemplo, el patrimonio del difunto, la *hereditas*, y el del quebrado son considerados, a los efectos de la sucesión y del procedimiento de la quiebra, como universalidades jurídicas). No lo son aquellos que no aseguran una inmediata utilidad económica, ni son por ello valubles en dinero como los derechos de la personalidad y los de familia.

(1) Sobre el concepto jurídico y económico de patrimonio, ver Birkmeyer, *Das Vermögen ius iurishschen Sinn* 1879, y la docta nota de Fadda y Bensa a las *Pandectas* de Windscheid, I, págs. 669-679, a los cuales últimos pertenece la definición consignada en el texto; ver también Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, París 1910.

No se debe confundir con la patrimonialidad la posibilidad de que un derecho origine a su titular eventualmente una ventaja económica. En efecto; si un derecho no patrimonial es ofendido o violado, surge para su titular, en virtud de la protección que el ordenamiento le concede, una acción contra el violador dirigida al resarcimiento del daño, ya sea éste material o moral.

Ahora bien, si el daño es material, el Juez lo valúa en dinero para proporcionar el resarcimiento; si es moral, además de otras formas de reparación, hay la de la condena pecuniaria, como compensación de la ofensa sufrida y como medio que valga a procurarle otras utilidades económicas en sustitución de aquella no económica que le ha sido disminuída o de la que ha sido despojado; en uno y en otro caso, la naturaleza del derecho no varía, no es patrimonial, porque una cosa es el derecho en sí y en su contenido objetivo, y otra muy distinta es la violación del mismo y el efecto que produce en el patrimonio del ofendido, a quien la violación hace adquirir un derecho de crédito.

Característica de ambos grupos de derechos es la transmisibilidad de los patrimoniales y la intransmisibilidad de los demás. Pero tampoco debe confundirse patrimonialidad con transmisibilidad, y mucho menos identificar ambos conceptos. Son, ciertamente, intransmisibles los derechos no patrimoniales, los inherentes a la persona, los poderes familiares; se pueden transmitir, por regla general, los patrimoniales. Pero entre éstos hay algunos que no admiten el ser separados de la persona y otros que admiten la separación, pero con limitaciones. Así, por ejemplo, el derecho de uso y de habitación es, indudablemente, patrimonial y, sin embargo, no es transmisible.

c) Los derechos no patrimoniales se resumen en dos categorías: *derechos personales* y *derechos de familia*.

a) A los primeros nos hemos ya referido; son los derechos inherentes a la persona, llamados también *personalísimos* por aquellos que empleando el término «personal» para designar todos los derechos no patrimoniales o también éstos y los de obligación, distinguiendo así de éstos los derechos que corresponden al individuo por el mero hecho de ser persona.

Hay que añadir que una gran disparidad reina entre los es-

critores sobre si son o no admisibles los derechos sobre la propia persona. A este propósito, escribe Windscheid (1) que de igual manera que la voluntad del titular es declarada decisiva para una cosa por el orden jurídico cuando éste concede un Derecho real, así es decisiva también en cuanto a su propia persona, ya en lo que se refiere a su existencia física, ya en cuanto a su existencia psíquica. El derecho a la vida, a la integridad corporal, al honor, a la exteriorización de las actividades psíquicas o físicas y otros, no implicando una acción sobre personas o cosas ajenas, representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales. De aquí el derecho sobre el propio cuerpo, sobre el nombre, sobre la propia imagen y, por conguiente, un derecho a disponer de la propia vida del propio cadáver, de partes del cuerpo, etc.

No podemos nosotros entrar en la discusión de tan arduo problema, ni resumir las teorías de los escritores, tanto más cuanto que sobre la clasificación de los derechos subjetivos relativos a la propia persona, hay controversias (2). Precisa tener presente que cuando se habla de derechos sobre la propia persona no debe entenderse de la personalidad en sí, la cual, como ya dijimos, es el supuesto de los derechos todos y coincide con el concepto de capacidad jurídica, de modo que respecto a ella la cuestión no puede ser planteada siquiera. Por otra parte, los derechos que integran la personalidad (derecho a la vida, integridad personal, honor, nombre, imagen, etc.) pueden dividirse en dos categorías, según que el objeto del derecho se considere

(1) Pand. I, § 40, pág. 177.

(2) Ver Kramer, *Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper*, Berlín 1887; Schultheis, *Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Feilen desselben*, Halle 1888; Gareis, *Das Recht am menschlichen Körper* (Festgabe für Schirmer Königsberg, 1900, página 59 y siguientes), Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte im bürgerl. Rechte* 1902. Ravá, *I Diritti sulle propria persona* (Riv. it. p. le. sc. giur., XXXI, página 289 y siguientes, XXXII pág. 1 y siguientes; Perrean, *Des Droit de la personnalité* (Rev. trim. de Dr. civ., 1909, pág. 501 y siguientes) las notas de Fadda y Bensa a las Pandectas de Windscheid I, pág. 601-627 n. e. y de Venzi a las Ist. de Pacifici, Mazzoni II, pág. 10-24 n. a. y la exposición de Ferrara, Tratt. Dir. civ. I, pág. 388 y siguiente.

la persona física, el elemento corpóreo del sujeto o la cualidad y notas psíquicas o intelectuales, el elemento inmaterial del mismo. Contra la admisión de un derecho sobre la propia persona se oponen estas dos objeciones: primera, que ni las fuerzas físicas, ni las psíquicas o intelectuales como extrinsecaciones de la multiforme actividad humana, pueden separarse del hombre de quien proceden y representarse como entidades independientes y partes separadas de la persona, la cual constituye un todo orgánico incapaz de ser descompuesto en los elementos o funciones que lo componen; segunda, que el querer considerar la persona misma como objeto del derecho (subjeto), tropieza con una dificultad insuperable, la de dar a la persona simultáneamente dos funciones contradictorias e inconciliables en la relación jurídica: la de sujeto y la de objeto de derecho. Lo cual es cierto en cuanto que una *efectiva* separación de las partes del todo no es posible; pero es concebible abstractamente, sobre todo cuando se considere la personalidad en sí como entidad compleja y autónoma, como sujeto de los derechos que se incluirían en la categoría examinada.

Mas concretamente, si se examinan los derechos constitutivos de la personalidad en lo que se refieren al elemento físico o material, todo el problema se reduce a ver si la persona tiene un derecho sobre el propio cuerpo; la cuestión se presenta bajo un triple aspecto, según se considere el cuerpo de la persona viva, el cadáver o las partes separadas del mismo, y la solución es afirmativa en los tres aspectos (I).

(1) En el primer caso no puede hablarse de un derecho de propiedad que la persona tenga sobre su propio cuerpo o de un derecho patrimonial (podría aquí aplicarse la frase del fr. 13 pr. D. 9. 2 *quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*), pero sí de un derecho personal en cuanto que se garantiza al hombre por el derecho objetivo la facultad natural de disponer del propio cuerpo, de la propia vida, de la propia actividad física. Si de ello debe deducirse, como lógica consecuencia de tal premisa la existencia de un derecho al suicidio, a la automutilación o a la destrucción del feto como *portio viscerum*, por parte de la madre, es cuestión que se resuelve a tenor de las normas particulares que cada Derecho positivo dicte para limitarlo o suprimirlo. Limitaciones se dan en todo ordenamiento jurídico, dictadas por motivos de orden público o de

Más compleja es la cuestión si se consideran los derechos que se refieren al elemento inmaterial en las varias figuras que asume: derecho al nombre, a la razón comercial, título nobiliario, blasón, enseña, producción del ingenio (derechos de autor y

buenas costumbres que no consienten ciertos abusos de libertad aun cuando éstos recaen sobre la propia persona. No puede nadie, por respeto a la dignidad humana darse a sí mismo en esclavitud; hasta en el Derecho romano que admitía la esclavitud, la venta de sí mismo es reprobada por el alto concepto en que la libertad debe ser tenida y si por una disposición del edicto pretorio mantenida hasta Justiniano (§ 4. Inst. I, 3) cae en servidumbre el ciudadano mayor de veinte años que dolosamente se halla dejado vender como esclavo para participar del precio de la venta, la esclavitud se considera como pena por el desprecio de la propia libertad más que como reconocimiento de eficacia del negocio jurídico de compraventa realizado. El Derecho moderno ha ido más allá negando eficacia a toda convención, por la cual una persona se obligue de por vida o por tiempo indeterminado a emplear su propia actividad en servicio ajeno (Código civil, art. 1628). No se concede protección a quien atente contra su propia vida y se impone a ciudadanos y funcionarios el deber de prestar socorro e impedir el suicidio y es castigado penalmente quien haya inducido a otro o le haya prestado ayuda en la realización de su propósito (Código penal, art. 370), ni sería descabellada una represión penal de la tentativa de suicidio. Del hecho que el autor de la tentativa de suicidio no sea castigado—para el del consumado no habría posibilidad de castigo—no se debe concluir la existencia del derecho de ocasionarse la muerte como facultad protegida por el ordenamiento. No se castiga porque no parece oportuno añadir a los sufrimientos morales o físicos que indujeron al autor a adoptar tal determinación un nuevo sufrimiento con la pena (ver Filomusi, Enc., pág. 195, n. 3).

No es lícito por la *Spes ominis* que hay en el embrión suprimir o detener la vida intrauterina del feto y es castigado como delito el aborto procurado aunque haya sido realizado por la mujer (Código penal, art. 389). No es protegido jurídicamente en vía civil el acto por el cual alguien se obliga a dar partes del propio cuerpo aunque se destinen a investigaciones científicas (Código civil, art. 1119); la automutilación se halla reprimida penalmente en algunas personas como sucede para los incluidos en las listas de leva, que se hayan procurado enfermedades crónicas o temporales para eludir el servicio militar (texto único sobre reclutamiento del ejército de 6 de Agosto de 1888, art. 166. Ver la disposición contenida en el Decreto-ley de 19 de Octubre de 1916, que castiga con severas penas la simulación de enfermedades y las mutilaciones voluntarias.

En el segundo caso no puede desconocerse un derecho de disposición

de monopolio) y otros. Mientras unos niegan que sean derechos subjetivos por constituir la personalidad únicamente, se observa por otros que la actividad psíquica del hombre da lugar, si no para todos, al menos para una determinada categoría (como los derechos de autor y de monopolio) a entidades que se destacan o separan de la persona, de modo que más que sobre la propia persona se exterioriza sobre cosa que está fuera de aquélla.

Estos derechos, a los que el ordenamiento concede protección diversa (1), son derechos sobre cosas inmateriales o incorporales, como es el nombre, razón social, obras del ingenio; pero aun pudiéndose reducir a una categoría única, no se prestan a una solución o clasificación única desde el punto de vista aquí examinado.

Y la verdad es que mientras algunos se ofrecen como derechos en la propia persona (derecho al nombre, al título) (2), en otros el objeto no es ciertamente la persona, sino la cosa que es producida por la actividad psíquica o intelectual, como la obra artística o científica, la patente de invención, la empresa mercantil, etc. (3).

del propio cadáver, si bien sean impuestas limitaciones por motivos de policía o de higiene, de moral o de orden público que privan de eficacia o limitan las disposiciones que pugnen con lo que constituye el destino natural del cadáver (Ver Caporali, *Cadavere* (en Dir. prat. di Dir. priv.) y Blume, *Fragen des Totenrechts* en Arch. f. civ. Praxis 1914, pág. 370).

En el tercero es indiscutible un derecho de propiedad sobre las partes separadas del cuerpo (trenzadientes) que se convierten así, a diferencia del cadáver, en cosas comerciables.

(1) Ver para el nombre civil, Código civil, artículos 131, 185, 210, 374-378, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865, sobre el estado civil artículo 19; para títulos nobiliarios, Real decreto sobre la consulta heráldica, 2 de Julio de 1896; para los derechos de autor, sentencia de 19 de Septiembre de 1882; para dibujos y modelos de fábrica, ley de 30 de Agosto de 1868; para los monopolios industriales, ley de 30 de Octubre de 1859 extendida a todo el reino por la ley de 31 de Enero de 1864.

(2) Ver Scialoja, *Del Diritto al nome e allo stemma*, Roma, 1899; Stolfi, *I segni di distruzione personale*, Napoli 1905; Pacchioni, *Il Diritto al pseudonimo* (Riv. Dir. comm., 1909, pág. 16 y siguientes); Perrean, *Le Droit au nom en matière civile*, París 1910.

(3) Ver Ammar, *Dei Diritti degli autori di opere d'ingegno*, Torino,

c) Los derechos familiares, llamados también personales relativos, son los que derivan de las relaciones en que el sujeto se halla en el grupo familiar con los demás miembros del grupo. Su fundamento es el matrimonio, que crea vínculos entre los cónyuges, entre padres e hijos y, consiguientemente, los poderes paterno y marital y las instituciones supletorias de aquél, como la tutela. Derechos se originan también en la generación fuera de matrimonio (filiación natural reconocida o legitimada), o en el vínculo meramente civil que se da en el parentesco adoptivo.

d) Los derechos patrimoniales se agrupan en dos categorías principales: Derechos reales y de obligación o de crédito. Derechos reales (*iure in re*) son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, señorío que es pleno o ilimitado y se ejerce en toda su extensión sobre la cosa a ella sometida y da lugar a la propiedad, que es el Derecho real más completo; o menos pleno que se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los Derechos reales menores, a los derechos en cosa ajena. Derechos de obligación son los que nacen de una relación inmediata entre dos personas, en virtud de la cual una (deudor) es obligada a una determinada prestación (dar, hacer o no hacer); la otra (acreedor) tiene la facultad de exigir esta prestación. ¿Cuál es el criterio de distinción entre ambas especies de derechos?

La doctrina dominante declara que es decisiva para la distinción la naturaleza de la relación, en que ésta se halle constituida sobre una cosa o con una persona; en los derechos reales se da una relación inmediata de la persona sobre la cosa, la cual confiere a su titular un poder directo e inmediato frente a todos;

1872; Kohler, *Autorecht* (Jahrb. f. die Dogen XVIII 1880, pág. 129 y siguientes); Rosmini *Legislazione e giurisprudenza sui Diritti d'autore*, Milano 1890; Piola Caselli, *Del Diritto d'autore*, Napoli 1907, (en la *Coller Il Diritto civ. it.* de Fiore); Stolfi, *La proprietà intellettuale*, 2.^a ed., Torino 1915-1917 (2 volúmenes); Kohler *Das Eigenbild un Recht*, Berlín 1889; Dusi, *Cenni intorno al Diritto alla propria immagine* (Studi per Moriani II, página 209 y siguientes); De Gregorio, *Contratto di edizione*, Roma 1913; ver lo nota de Fadda y Bensa a la Pand. de Windscheid, 1 págs. 617-650 y Filomusi, Enc., § 54, pág. 234 y siguientes; § 56, pág. 242 y siguientes.

en los de obligación, una relación de la persona con otra o varias determinadas, relación que puede referirse mediatamente a una cosa.

En el primer caso, la relación da lugar a un señorío inmediato, sin necesidad de intermediario alguno; en el segundo, a un poder con respecto a la persona obligada; en el primero, una sujeción de la cosa a nuestro poder; en el segundo, un vínculo de persona determinada que por efecto del mismo debe una cierta prestación. Consecuencia de ésto es que a los derechos reales corresponde un deber general, es decir, de los terceros todos a quienes no corresponde el señorío, y negativo en cuanto que ellos están simplemente obligados a abstenerse de turbar tal relación; a los derechos de obligación un deber particular, puesto que sólo quien se halla vinculado es el obligado con respecto al titular, y positivo o negativo, según que el deudor deba dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Contra este modo de entender y definir ambos grupos, aparece la doctrina de Windscheid, de que hemos hecho mención, que afirma (1) la imposibilidad conceptual de relaciones entre hombres y cosas.

Puesto que todas las relaciones, según él y sus partidarios, no pueden existir más que entre hombres, precisa apoyar la definición del Derecho real, no ya en la relación entre hombre y cosa, sino en aquella entre el titular y los demás hombres. Y como, por otra parte, el derecho de obligación es también una relación entre persona y persona, el criterio de distinción residiría en que mientras el derecho de crédito da lugar a una relación de uno con una o más personas determinadas, el Derecho real da lugar a una relación de uno con todos los demás y a una relación de contenido absolutamente negativo. De aquí que con evidente exageración se llegara a afirmar por Thou que en los derechos reales no hay facultades, sino solamente prohibiciones; una prohibición que deriva de la norma jurídica, que impide a todos menos uno inmiscuirse en la cosa; este a quien la prohibición no alcanza tiene el poder de obrar libremente respecto a ella por la ausencia para él de una prohibición.

(1) Pand. I, § 38, pág. 173.

Las consecuencias extremas a que conduce una tal concepción—por la cual, como agudamente observó Binding, se llega a «un agujero en el centro de un círculo de normas» o a la conclusión de Schlossman, de que el Derecho real se reduce a un «expediente terminológico»—, demuestran la inadmisibilidad de la misma. Lo cierto es solamente que el Derecho es creado por los hombres y regula relaciones humanas y que también en los derechos reales tal relación existe porque frente al titular tienen todos los demás un deber negativo de abstención; pero si este contenido negativo es cierto, no se puede definir el Derecho real desde un punto de vista meramente negativo sin privarle de la facultad que implica sobre la cosa, de su contenido positivo.

Precisa, pues, definirlo positivamente tomando como elemento característico el señorío que corresponde al titular sobre la cosa y el carácter inmediato de la relación en virtud de la cual se halla sujeta a tal poder; frente a ello está el poder que se confiere en el Derecho de obligación, porque en éste no es atribuido señorío inmediato e independiente sobre las cosas, sino tan sólo la facultad de exigir algo de una persona (1).

Ni la distinción que más arriba hicimos entre derechos absolutos y relativos coincide exactamente con la que nos ocupa y no se puede, por tanto, aceptar como criterio de distinción el carácter absoluto de los derechos reales y el relativo de los de obligación. El deber negativo y general de los derechos reales, y el carácter absoluto de los mismos, son consecuencia de su naturaleza y no puede servir de criterio distintivo. Por otra parte,

(1) Una concepción de los antiguos escritores que ha sido vencida por la doctrina moderna, reduce en definitiva tanto los Derechos reales como los de crédito a la «res» ya que los primeros son poder actual sobre una cosa, los segundos son poder de conseguir una cosa; es decir, derechos que se realizan con la adquisición de una cosa; los primeros son *jus in re*, los segundos *ius ad rem*. Ambas categorías agotarían juntas la esfera de los derechos patrimoniales. Pero si la obligación consistente *in dando* tiende a realizarse con la adquisición de una cosa no es esta la estructura de las obligaciones de hacer o de no hacer (*obligationes in faciendo in no faciendo*); por ello esta concepción no sirve desde el punto de vista sistemático (ver una sucinta exposición crítica en Araugio-Ruiz: *us in rem o ad rem*, Dir. Prat. di Dir. priv.).

es una consecuencia normal, no rigurosamente necesaria; hay derechos reales que no gozan de una defensa absoluta, es decir, que no pueden ejercerse *erga omnes*, como hay derechos de obligación, protegidos por una defensa absoluta. Así, por ejemplo, entre los primeros, la propiedad mueble no se halla protegida frente a los poseedores de buena fe (Código civil, art. 707), y entre los segundos el arrendamiento por más de nueve años y transcrito goza de protección absoluta (Código civil, artículo 1.932) (1) (2).

Entre los dos tipos de derechos reales y de obligación, hay algunas figuras intermedias que ofrecen alguna dificultad en cuanto a su clasificación sistemática, ya que no son derechos reales puros, porque participan de los caracteres de la obligación, ni son tampoco derechos puros de obligación, porque tienen elementos propios del derecho real; son relaciones jurídicas, en las que el elemento real y el obligatorio se hallan mezclados, ya con predominio del uno o del otro, o sin el predominio de ninguno. Hay, en efecto, relaciones en las cuales el derecho real va acompañado de una obligación de hacer en una persona determinada lo que, como hemos visto, constituye el contenido propio de los derechos de obligación.

Y es notable, sobre todo, que mientras el Derecho de obliga-

(1) Ver además del Windscheid loc. cit., la nota de Fadda y Bensa en dicha obra, págs. 545-597; Scialoja, *La proprietà* (Lez. univ. 1900-901, página 39 y siguientes); Polacco, *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, Roma 1914-15, § 1-12; Filomusi, Enc., § 48, pág. 211 y siguientes; Unger, *System des Oesterr. Privatrechts*, Leipzig 1856, I, § 1; Ziebarth, *Die Real execution und die obligation*, Halle 1866; Baunnek, *Ueber den Ursprung des sog. ius ad rem* 1869; Heusber, *Inst. des dents. Privatrechts*, II, § 79; Puntsehart, *Die Moderne Theorie des Privatrechts*, Leipzig 1893, pág. 125 y siguientes; Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, Berlín 1889; Oertmann, *Der Dinglichkeitsbegriff* (Jahrb. f. die Dogm. XXXI, 1892, pág. 415 y siguientes); Araugio-Ruiz, *La struttura del Diritto sulla cosa altrui in Dir. rom.*, (Arch. Giur. N. S. X 1908, pág. 361 y siguientes, XI, 1909, pág. 417 y siguientes; Caruelutti, *Distinzione fra. Dir. reali e Diritti di credito* (Studi di Dir. civ., Roma 1916, pág. 243 y siguientes); Maroi, *Obbligazione* (en Dir. prat, di Dir. priv.).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. Véanse artículos 464 y 1.549 del Código civil y art. 2.º de la ley Hipotecaria.

ción atribuye al titular del crédito la facultad de exigir la prestación de una persona determinada, desde el momento en que el vínculo se constituye, en estas figuras el derecho de exigir se da contra una serie de personas, cuya determinación es dada por la relación que mantienen con la cosa a la que la prestación se halla ligada. El fenómeno se verifica, por ejemplo, en lo que a nuestro derecho se refiere en la enfiteusis, porque al derecho real del enfiteuta va unida la obligación de pagar al censalista una pensión anual (Código civil, art. 1.556) (1); por los diezmos que se halla obligado a pagar el poseedor de ciertos bienes; por las cargas reales que gravan un fundo e implica para todo el que se halle en relación con el mismo la obligación de pagar prestaciones periódicas a quien tiene el derecho de exigir las. Notables, sobre todo, son en el Derecho alemán las llamadas *Reallasten*, cargas reales, que gravan un fundo, de modo que a aquel en cuyo favor se impone la carga, deben pagarse ciertas prestaciones periódicas por quien se halle en relación con el fundo (Código civil alemán, § 1.105 y siguientes). Y figuras múltiples de estas relaciones las había en el Derecho romano en la *servitus oneris ferendi*, en la cual el propietario del fundo sirviente contrariamente a la regla general *servitus in faciendo consistere nequit* (ver fr. 15, § 1.º, D. 8, 1), está obligado a un *facere*, es decir, a reparar la pared o la columna en que se apoya el edificio ajeno (ver fr. 6, § 2.º, D. 8, 5; 8, § 2.º D.) (2); en la superficie, por la cual al superficiario a quien corresponde un derecho real sobre el edificio construido en suelo ajeno, incumbe la obligación de pagar al propietario del suelo un *solarium* anual, y en muchas otras relaciones que ofrecen mezclados el elemento real y el obligatorio, como la *cautio damni infecti*, la *actio noxalis*, la *actio de pauperie*, etc. (3).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.605 del Código civil español.

(2) IDEM. También en el Código civil español se encuentran admitidas estas servidumbres; recuérdese su artículo 533 que divide las servidumbres en positivas y negativas, llamando positivas a las que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de *hacerla por sí mismo*. Recuérdese que los romanos llamaron anómalas a estas incertidumbres *in faciendo*.

(3) Entre los derechos de naturaleza mixta habría que incluir según algún escritor el *ius ad rem* entendida la expresión en el significado de

De todas estas relaciones en que el derecho real se desnaturaliza por ir acompañado de la obligación de un *facere* y el derecho de obligación, se desnaturaliza también por la facultad conferida al acreedor de ejercitar la acción contra cualquiera que se halle en relación con la cosa gravada y de perseguir ésta con una acción de carácter real, ¿qué consecuencias deben sacarse? Suelen designarse con locuciones que señalan el doble elemento (obligaciones reales, *obligationes propter rem*, cargas reales); pero toda tentativa de reducirlos a unidad o referirlos al tipo de Derecho real o al del de crédito es, a nuestro parecer, inútil, porque en ellos se hallan desviaciones más o menos profundas de las reglas, de los derechos de crédito o de los derechos reales. Pueden, por tanto, ser definidos como derechos de naturaleza mixta, que participan de la realidad y de la obligatoriedad, cuya disciplina es peculiar a cada figura por la irregularidad de la compleja relación de que surgen (1).

e) Análogamente a lo que hemos visto en los derechos patrimoniales, que tienen naturaleza real y obligatoria a un tiempo, sucede que hay derechos que participan de los caracteres de las dos categorías precedentes en cuanto son relaciones familiares,

derecho a apropiarse de una cosa, pero el derecho a hacer propia una cosa o no, subsiste de por sí o es solamente un aspecto del derecho de obligación y como tal no tiene naturaleza mixta (ver Araugio-Ruiz, artículo citado), ver Claps, *Delle c. d. obbligazioni reali e del abbandono liberatorio nel Diritto civile* (Riv. it. p. le Sc. giur., 1897, pág. 294 y siguientes); Anselmo, *Della nozione e natura giuridica degli oneri reali* (Diss. Ivrea 1911; Simoncelli, *Sul concetto di Diritto reale* (Rend. Ist. som. XXXV) página 313 y siguientes) y sobre los Reallasten, ver Stobbe, *Deutsches Privatrecht*, II, § 101; Crome, *System des heutburg. Rechts*, III, § 454 y siguientes; Dinker, *Die Lehre von den Reallasten*, Marburg 1837; Friedtiele, *Theorie der Reallaen*.

(1) Los derechos de sucesión no son, en efecto, una tercera especie de los derechos subjetivos que se coloque al lado y paralelamente a los derechos reales y los de obligación; un derecho subjetivo de sucesión hereditaria no existe sino que existe simplemente un conjunto de normas (derecho hereditario) que regula la adquisición por sucesión *mortis causa*. El hablar del derecho de sucesión no debe inducir a engaño, porque se trata de una práctica o uso escolástico sin que ello implique atribución del carácter de Derecho subjetivo a estos especiales modos de adquirir.

pero tienen contenido patrimonial y por eso se llaman *derechos patrimoniales familiares*. En efecto, de las relaciones familiares surgen relaciones patrimoniales entre las personas unidas por el vínculo de familia, así de la patria potestad el usufructo legal del padre o de la madre sobre los bienes que adquiere el hijo por sucesión, donación o cualquiera otro título lucrativo (Código civil, artículos 228 y siguientes) del matrimonio la relación dotal o de comunidad de bienes entre los cónyuges (artículos 1.388 y siguientes, 1.733 y siguientes), del vínculo de parentesco de sangre o civil la obligación de alimentos (artículos 139 y siguientes, 211) (1), el derecho a la sucesión en el patrimonio del difunto (artículos 721 y siguientes), etc.

f) Pero los derechos de sucesión no derivan solamente de las relaciones familiares. Cuando el ordenamiento jurídico admite la facultad del titular de disponer en todo o en parte de los propios bienes para después de su muerte los derechos de sucesión se adquieren por efecto de la disposición de última voluntad; y se distinguen por ello dos clases de sucesión la intestada que se basa en el vínculo familiar o también en la relación política y la testamentaria que se basa en el testamento. Ahora bien, estos que no son sino una categoría de los modos de adquirir (1), adquieren una importancia tan grande que exigen puesto y tratamiento a parte en la sistemática; así que toda la exposición del Derecho privado civil se divide en derechos de las personas y de familia, derechos reales, obligaciones y sucesiones.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Los artículos citados concuerdan con el 160 y siguientes, con el 1.336, 1.392 y siguientes, 142 y siguientes, 806 y siguientes del Código español.

CAPITULO VII

Adquisición, pérdida y modificación de los derechos

§ 23.—*Conceptos fundamentales*

Pacifici, Ist. II, pág. 323; Gianturco, Sist. I, § 48; Coviello Man. I, §§ 98-99; Crome, Par. gen., § 20; Windscheid, Pand. I, §§ 63-66 Regelsberger, Pand. I, §§ 119 123 (1).

Como cualquiera otra entidad realmente existente, así también el Derecho tiene su vida y recorre un ciclo que se resume en los tres momentos de nacimiento, modificación y extinción.

a) Nace un Derecho cuando viene a la vida una relación jurídica, y puesto que toda relación cualquiera que sea su naturaleza, tiene un sujeto al que debe referirse, así a todo nacimiento corresponderá una adquisición, es decir, la unión del Derecho a la persona. Debe tenerse en cuenta que los conceptos de nacimiento, de adquisición de un derecho, no coinciden necesariamente entre sí, porque así como puede ocurrir que el derecho se adquiera en el mismo instante en que nace (ocupación de una *res nullius*, constitución de una servidumbre), así también puede darse la adquisición de un derecho ya nacido (venta de una cosa, cesión de un crédito) y excepcionalmente puede ocurrir también el nacimiento de un derecho, sin adquisición actual por una persona (herencia destinada a un *concepturus*).

Adquisición es, pues, el fenómeno de unión de un derecho

(1) Ver las lecciones de Scialoja, *Negozi giuridici*, 1892-93 y Fadda, *Par. gen. con spec. riguardo alla teoria del negozio giur.*, Napoli 1909 y Segré, *Studi sul concetto del neg. giur. sec. il Dir. rom e il novo Dir. germ.*, (Riv. t. per e Sc. giur. XVIII, 1900, pág. 161 y siguientes, XIX, pág. 1 y siguientes).

al sujeto que resulta por tal hecho su titular. Y título de adquisición es el hecho que motiva esta adquisición, tal hecho puede ser de muy varia especie: una declaración de voluntad, una acción humana, un accidente de la naturaleza. Hay que distinguir dos clases diversas de adquisición: la originaria y la derivativa. Originaria es cuando el derecho que se une al sujeto surge en él directamente y de un modo autónomo, es decir, independientemente de una relación jurídica con una determinada persona; nótese bien que es indiferente al concepto que el derecho que se adquiere existiese ya antes en otros (ocupación de *res derelicta*) o no (ocupación de *res nullius*), ya que lo que caracteriza la adquisición originaria es el hecho de que surja en el titular independientemente de su relación con otra persona. Derivativa es, por el contrario, cuando el derecho procede de una relación en otros de la cual deriva en favor del nuevo titular, ya sea que se transmita de uno a otro el derecho mismo e íntegro que antes correspondía al primero (transmisión del dominio de una *res*, adquisición de una herencia), ya sea que sobre el derecho del primero se constituya en el adquirente un derecho nuevo que no existía en el otro como tal, sino que era en él solamente el supuesto indispensable para la constitución del derecho nuevo (constitución de prenda o de usufructo). Por ello se subdistinguen en la adquisición derivativa, la derivativa traslativa, en la que es el mismo derecho el que se traspasa y la derivativa constitutiva, en que sobre la base de un derecho preexistente se crea en otros un derecho nuevo, ya porque su contenido económico se hallare comprendido en el derecho del titular que ahora lo pierde (usufructo), ya implique la concurrencia del adquirente con el transmitente en el goce de la misma cosa (servidumbre de paso), ya consista en la mera negación de una facultad correspondiente al constituyente (*servitus altius non tollendi*).

Ahora bien, mientras la adquisición originaria, la falta de una relación con otros, hace al Derecho independiente en su existencia de manera que debe ser juzgado en su contenido y en su eficacia exclusivamente en relación con el hecho que la ha producido; en la adquisición derivativa de una u otra especie es precisa para la existencia y el contenido del derecho adquirido,

el derecho preexistente; el derecho del adquirente se halla condicionado por el del transmitente o constituyente. Y la regla fundamental es que ninguno puede adquirir derechos de quien no los tenga (*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*), fr. § 4, D. 50, 17); así el derecho del enajenante se transmite al adquirente con los vicios y con todas las ventajas y defectos con que lo poseía el primero (pasan, por ejemplo, las mismas cargas y limitaciones, las causas de impugnación, las defensas, la posibilidad de futuros incrementos).

b) Correspondientes a los conceptos de nacimiento y de adquisición son, en sentido inverso, los de extinción y pérdida. *Extinción* es la destrucción o consunción de un derecho que no existe para el titular ni puede existir para otro alguno (una cosa de mi propiedad ha sido destruída, un crédito mío ha prescrito); *pérdida* es la separación del derecho de su actual titular, a la que puede seguir la adquisición por otro, sea derivativamente (trasferencia de la propiedad de una cosa), ya originariamente (ocupación de una cosa abandonada).

Causas particularmente importantes de la extinción del derecho son la prescripción y la decadencia. De ambas se hablará más adelante (§ 34).

c) Entre los dos momentos extremos del nacer y del perecer de un derecho se desarrolla su vida con múltiples vicisitudes; los cambios, las alteraciones, los incrementos que un derecho puede sufrir pueden incluirse en el concepto de modificación del derecho. Este amplio concepto abraza en sí el de la adquisición y pérdida cuando ambos fenómenos se corresponden por haberse adquirido por uno el derecho que se ha perdido para otro, porque modificación es también el cambio de sujeto. Examinar y clasificar las vicisitudes que un derecho puede sufrir, no es posible, porque son infinitas. Se debe tan sólo estudiar las más conspicuas y corrientes a las que responden conceptos fundamentales de la doctrina jurídica.

Las modificaciones pueden darse, o en relación al sujeto, o en relación al objeto.

a) *Modificación subjetiva* es todo cambio que el derecho sufre en la persona de su titular. El cambio puede consistir en la

substitución del antiguo titular por uno nuevo o en la unión a aquel de otros que vienen a ser copartícipes en la misma relación. En el segundo caso hay una *multiplicación de sujetos* (enajenación de una cuota de dominio y creación de un condominio), que puede ocurrir también en el primer caso, cuando a un único titular originario substituyan varios (varios herederos de un patrimonio, cesión de un crédito a varias personas). En el primer caso se habla de sucesión, que en sentido lato comprende el suceder de un titular a otro, pero en sentido propio excluye el fenómeno de la mera sucesión cronológica y expresa tanto la adquisición derivativa, como el entrar en una obligación, y, en general, en el aspecto pasivo de una relación preconstituída, (sucesión activa, pasiva). La sucesión en sentido propio puede ser *universal* si se sucede en todo el conjunto de relaciones jurídicas de una persona o en una cuota parte de las mismas, es decir, en el *universum jus* de otro; *particular* si se sucede en una singular relación o en varias relaciones singularmente consideradas, no como conjunto unitario; y como la sucesión puede originarse en un acto *inter vivos* o *mortis causa*, se distinguen la sucesión entre vivos (venta de una cosa, cesión de un crédito) y la a causa de muerte que se da en la sucesión hereditaria. Combinando ambas distinciones, sería posible concebir en abstracto una sucesión universal y otra particular, tanto en la entre vivos como en la a causa de muerte; en el Derecho italiano sólo esta última puede ser universal (herencia) o particular (legado); en la entre vivos sólo se dan sucesiones particulares incluso cuando, por ejemplo, en la donación universal venga transferido todo un patrimonio.

El traspaso de un derecho de una persona a otra y la constitución de un derecho nuevo sobre la base de otro preexistente, las dos formas de la adquisición derivativa, si se miran del lado del autor y como dimanantes de un acto voluntario del mismo, constituyen una enajenación. Pero *enajenación* es un concepto más amplio, ya que no enajena sólo el que vende su cosa o constituye una servidumbre, sino también el que se constituye deudor, exponiendo su patrimonio a una futura disminución. Sin embargo, en sentido jurídico propio el enajenar no comprende tam-

bién los hechos que tienen la virtud de producir en el futuro una pérdida de derechos o una disminución patrimonial o que impiden una adquisición que se esperaba; ni es esencial al concepto que el resultado final del acto sea una disminución patrimonial del enajenante y un enriquecimiento del adquirente, ya que enajena también el que, vendiendo a precio alto aumenta su patrimonio, enajena el que produce un enriquecimiento al adquirente (enajenación a título gratuito) y el que no lo produce porque el adquirente hace una contraprestación (a título oneroso). El momento esencial de la enajenación es la separación de un derecho de la persona de su titular y la atribución de éste a otro por voluntad del primero, que se despoja del derecho en favor del segundo (*alienum facere*), independientemente del resultado económico final; no son, por tanto, enajenaciones el abandono de un derecho (porque falta su adquisición por otro), la disposición testamentaria (porque falta una separación del derecho de la persona del titular, puesto que el traspaso no tiene lugar sino cuando el titular no existe ya), la adquisición por ley de una servidumbre o la adquisición por usucapión (porque falta un acto voluntario). Sólo en un sentido figurado puede hablarse de enajenación forzosa o necesaria en la que se efectúa sin o contra la voluntad del titular (ejemplo, expropiación por causa de utilidad pública, ejecución forzosa) en contraposición a la voluntaria que es la verdadera (1).

Un concepto que viene equiparado al de enajenación y que efectivamente es muy semejante, aunque no idéntico, es la *renuncia* (2).

(1) La oscilación e indeterminación de la palabra *enajenar*, se observa en el texto legal que le da en ocasiones una acepción amplia y en otras una restringida cuando a enajenar contraponen la constitución de un derecho nuevo y especialmente la hipoteca y la prenda (ver artículos 227, 679, 1.404, 1.438, 1.741 del Código civil).

(2) Gräbe, *Die Lehre des Verzichts*, Kassel, 1843; Bacher, *Revisión des Verzichtbegriffes*, (Jahrb. f. d. Dogm. V, 1861, pág. 222 y siguientes); Meissel *Zur Lehre vom Verzicht*, (Frühuits Ischr. XVIII, 1891, pág. 665 y siguientes, XIX, 1892, pág. 1 y siguientes) Walsman, *Der Verzicht*, Leipzig 1912; Atzetti, *Delle rinunzie sec. il c. civ. it.* Torino 2.^a ed. 1915; Lessona, *Essai d'une Théorie generale de la renonciation en Dr. civ.* (Rev. tr. de

Se dice que la renuncia es una enajenación que no origina una adquisición en otro; y esto pone de manifiesto la diferencia esencial existente entre ambos fenómenos. La renuncia es la dejación de un derecho por su titular, sin intención de transmitirlo a otro, pero el que éste pueda apropiárselo al hallarlo vacante y hasta que la dejación haya sido hecha con tal intento no influye en el concepto y no implica el que sea una enajenación.

Hay que rechazar la distinción que muchos hacen de renuncia *abdicatoria* y renuncia *traslativa*. Sólo la primera es renuncia y no necesita de epítetos; la segunda no existe porque no es otra cosa que una enajenación.

Puede ser muy diversa en sus efectos; lo que el renunciante pierde no puede ser adquirido por otros (el acreedor renuncia a la garantía) o puede serlo (renuncia de una herencia por parte del primer llamado); la renuncia implica a veces necesariamente un incremento en la esfera jurídica de un tercero aunque no adquiriera el mismo derecho que se ha renunciado, porque consigue la liberación de una limitación que antes sufría (la renuncia al usufructo, a la servidumbre, libera la cosa o el fundo de la carga o limitación que le afectaban, la renuncia del crédito desliga al deudor del vínculo).

Se puede renunciar un derecho cualquiera, ya sea transmisible o no, con tal que no se trate de derechos conferidos en interés público, más bien que en un interés privado (no es renunciable por ejemplo, la patria potestad, el poder marital). Aplicada a los derechos particulares, ofrece especiales caracteres, que no pueden fijarse en una regla única y también un nombre particular (la renuncia al derecho de propiedad es *derelectio*, al crédito, remisión; a la herencia, repudiación). Pero, en general, precisamente porque no implica un traspaso, es suficiente a actuarla la sola voluntad del titular; es, pues, un acto unilateral, que no necesita de la aceptación, porque frente a aquel que hace dejación

Dr. civ. 1912, pág. 361 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 854; Fadda, *Sulla teoria de la rinunzia nel Diritto pubblico* (Riv. Dir. pubbl. I, pág. 23 y siguientes); Raggi, *Contributo alla teoria delle rinunzie nel Diritto pubbl.*, Roma, 1914.

del derecho no hay ningún otro aun en el caso de que incidentalmente pueda aprovecharse un tercero de la dejación.

No sólo pueden ser renunciados los derechos actuales, sino también los futuros, es decir, aquellos que han de corresponder en el futuro; salvo el caso que la ley, por motivos especiales, lo prohíba (prohíbe, por ejemplo, la renuncia a una sucesión no abierta todavía).

No es renuncia la simple abstención de adquirir, la omisión de un acto, que si se realizara, enriquecería la esfera jurídica de la persona con un derecho nuevo; para que pueda hablarse de renuncia, precisa que un derecho exista ya en nuestro patrimonio, o deba entrar en el porvenir de modo que la renuncia es siempre, o dejación de un derecho que se tiene, o declaración de no querer adquirir un derecho que debe ser nuestro (1).

β) Las modificaciones objetivas, las que se refieren al contenido objetivo, pueden ser cuantitativas o cualitativas. Son *cuantitativas* cuando es el objeto o elemento real de un derecho el que se incrementa (por edificación en un terreno el dominio que me corresponde aumenta, por consolidación de usufructo con la nuda propiedad ésta se convierte en plena) o disminuye (el acreedor en el concurso recibe menos de lo que le es debido). Cualitativas aquellas en que el derecho se transforma experimentando un cambio en su naturaleza o en su objeto (el crédito referente a un caballo cuando éste perece, es un derecho al *id quod interest*, la hipoteca de un fundo se convierte en crédito de la suma debida por el asegurador, si aquél queda destruido). Cuando es el objeto lo que cambia, se llama subrogación real, en virtud de la cual una cosa se substituye por otra, una presta-

(1) En la renuncia se suelen formular reglas y principios falsos. Se dice, por ejemplo, que las renunciaciones no se presumen, pero ninguna declaración de voluntad se presume y puesto que la renuncia es una declaración de voluntad bien puede manifestarse expresa o tácitamente. Se dice también que no se admiten renunciaciones generales: una renuncia general no es válida porque la declaración debe determinar de un modo concreto y preciso el objeto a que se refiere y los límites, dentro de los cuales la dejación se verifica pero una renuncia general es admisible y válida cuando no sea posible equívoco con relación al objeto a que se refiere.

ción por otra, etc. (1). Por lo demás, las modificaciones pueden ser de muy varia especie; un derecho puede debilitarse o robustecerse, perder su eficacia respecto de uno y conservarla con relación a otros, etc.

Entre estas vicisitudes del derecho merecen especial consideración las que pudieran llamarse enfermedades de la relación jurídica o sean ciertos estados especiales de «energía atenuada» (como dice Ferrini) o de «debilitación», como dice Windscheid, en que el derecho puede hallarse.

La eficacia de un derecho puede venir disminuída, porque frente a la acción que lo tutela surja una excepción que sirve de obstáculo al ejercicio de aquélla (la reivindicación es obstaculizada por la excepción del poseedor que pide el reembolso de los gastos hechos en la casa) o porque la ley no proteja al derecho con acción, sino sólo en vía indirecta con excepción (obligación natural).

Un momento distinto del precedente es el de *quiescencia* o quietud; el derecho existe y no viene perdido para el titular, pero sobreviene una circunstancia que le quita su actual vigor, de modo que su eficacia está sólo en potencia, su vida se halla como en suspenso y debe esperarse que aquella circunstancia desaparezca para que pueda de nuevo desplegar su eficacia. Así, por ejemplo, la propiedad de una cosa unida a otra ajena y que no puede reivindicarse (siempre que el propietario de la cosa principal no se la haya apropiado, pagando su valor) en tanto dure tal unión. Análogamente el caso del acreedor hipotecario que llegue a ser propietario del fundo hipotecado y si luego sufre la evicción puede hacer valer la hipoteca: ésta, en tanto era propietario, no podía ejercitarla porque no son posibles los derechos de garantía en favor del propietario sobre la cosa propia

(1) El caso más notable de subrogación real es el expresado en la máxima *res succedi in locum pretii, pretinur succedit in locum rei*. Aplicaciones de subrogación real las ofrecen los artículos 39, 933, 1.043, 1.667, 1.851, 1.951 del Código civil. Una sistematización de la institución ha sido intentada por algún escritor; ver Flach, *La subrogation réelle*, París, 1870; Longo, *Surrogazione reale*, Napoli; Demogue, *Essai d'une théorie de la subrogation réelle* (Rev. crit. de legisl., 1901, págs. 236, 346 y siguientes).

y era, por tanto, una fase de mera energía potencial, si bien el Código (art. 2.017), hablando de «resurrección» o «reviviscencia», haga suponer que en el intervalo la hipoteca estaba extinguida.

Finalmente se tiene la *relatividad* de un derecho cuando intervenga una causa de extinción que lo extingue para unos y lo deja subsistente y con vigor para otro o para todos los demás; si un usufructo responde de una obligación y extingue tal usufructo por consolidación frente a todos, pero subsiste frente al acreedor, a quien se había dado en garantía.

§ 24.—*Los hechos jurídicos*

Brugi, Ist. § 17; Pacifici, Ist. II, pág. 325; Gianturco, Sist. I, § 49; Chironi Ist. §§ 54-55; Chironi y Abello, Tratt. I, § 97; Coviello, Man. I, § 97; Crome, Par. gen., § 20, Savigny, Sist. III, § 105; Windscheid, Pand. I, §§ 67-68; Regelsberger, Pand. I § 129.

Todos los fenómenos de que hasta aquí nos hemos ocupado no se producen, naturalmente, sin una causa; causas son los hechos jurídicos. Llamamos así a aquéllos a los cuales el ordenamiento atribuye la virtud de producir efectos jurídicos, es decir, todo suceso capaz de producir la adquisición, la pérdida, la modificación de un derecho.

Dos son las supremas categorías en que pueden agruparse: hechos naturales o sea hechos de la naturaleza, capaces de producir consecuencias en la esfera jurídica de una persona como la muerte, el aluvión, la caída de un edificio, y hechos voluntarios, o sea acciones humanas producidas por un acto de voluntad (1), ya se dirija o no a provocar efectos jurídicos. Todos los demás hechos de una u otra especie que no produzcan tales efectos (los llamados hechos simples) no interesan al Derecho.

Los hechos jurídicos pueden ser, en cuanto a su contenido,

(1) Las acciones humanas que no dependen de una voluntad entran en la categoría de hechos naturales. No puede establecerse diferencia alguna entre el acto inconsciente de un loco y la de la fuerza bruta.

positivos y negativos; pertenecen a la primera especie la desviación del curso de un río, la muerte de un hombre, la ocupación de una cosa, la disposición testamentaria; a la segunda, las omisiones y las abstenciones en general (1).

Por regla general, un hecho aisladamente considerado no es capaz de producir por sí sólo efectos jurídicos; precisa el concurso de determinadas circunstancias que vienen a ser el supuesto necesario; para que la conjunción de una cosa con otra produzca la adquisición de la propiedad, se exige que la cosa que se une pertenezca a otros; para que yo pueda testar precisa que haya cumplido los diez y ocho años; para que pueda disponer testamentariamente de todo mi patrimonio se necesita que no haya personas que tengan derecho a reserva. La inexistencia de tales personas, el haber alcanzado dicha edad, el que sea ajena la cosa unida, no son hechos jurídicos, sino supuestos para que la conjunción o el testamento puedan crear algo nuevo en el mundo jurídico; el hecho jurídico es, pues, solamente la conjunción o el testamento.

Entre los hechos jurídicos, hay unos que son simples, que consisten en un suceso único, como es, por ejemplo, el nacimiento de una persona, el hurto, la ocupación y otros que constan de varios elementos o sea que requieren un concurso de varios hechos simples. Son estos los hechos *complejos* que no pueden decirse verificados, sino cuando todos sus elementos existan.

No hay usucapión si no concurre el hecho de la posesión y el del transcurso del tiempo determinado por la ley, como no hay contrato si no concurren por lo menos, dos declaraciones de voluntad. Cuando el hecho es complejo, y los elementos singulares, no se verifican todos en el mismo instante, sino que se dan sucesivamente, se ofrece una situación jurídica particular cuando

(1) No todo caso de inexistencia de un determinado hecho o de una determinada circunstancia, puede definirse hecho jurídico negativo. Según esto, toda situación contraria a un hecho positivo, sería un hecho negativo si por ejemplo, una deuda que no existe ha sido pagada, se recurre la repetición de lo indebido, pero la causa de esto no es un hecho negativo (inexistencia de la deuda) sino el hecho natural del pago sin su supuesto natural o sea que la deuda exista.

algunos de los elementos se hayan verificado y el último o alguno de los últimos todavía no. Como el hecho complejo se halla en vías de formación, así también el Derecho; éste no ha nacido aún, pero la relación se halla pendiente; pende la relación contractual si se ha verificado una venta bajo condición y se espera aún el hecho en que ésta consiste; pende también la adquisición en la edificación sobre suelo ajeno, hasta que no haya sido interrogado el propietario del suelo si quiere o no adquirir el edificio. Sin embargo, mientras el efecto propio del hecho complejo no se produce, ya que ningún efecto puede darse sin causa, otros efectos menores o diversos pueden producirse, ya porque son propios de los hechos simples ya verificados o porque el ordenamiento jurídico estima deber proteger, desde ahora, el Derecho *in fieri*, impidiendo que se frustre la esperanza del futuro titular del derecho; por ejemplo: mientras se espera el cumplimiento de la condición, el acreedor de una obligación condicional, puede verificar todos aquellos actos que tiendan a conservar sus derechos, siendo prohibido al deudor el realizar actos que tiendan a impedir su cumplimiento. Frente a los efectos más plenos y definitivos, éstos son solamente preparatorios o preliminares.

Si en la situación examinada, es cierto que el efecto definitivo no se da antes de haberse realizado el último hecho y que la nueva relación sólo en el futuro puede desenvolver su eficacia, no es raro que ocurra que el efecto definitivo se considere como ya producido desde el acaecimiento del primer hecho o en un momento anterior. Se suprime como si no existiese el estado de dependencia y se retrotrae el hecho al tiempo pasado, si bien se haya producido después. Un caso de retroacción es el del negocio jurídico condicional, en el cual, una vez verificada la condición, el derecho se entiende adquirido *ab initio*. Adviértase, sin embargo, que para que esto ocurra debe tratarse de un elemento constitutivo del hecho complejo; si es simplemente un elemento declarativo (compro una cosa y sólo más tarde declaro que la he comprado con dinero mío y no con el de mi administrado), la retroacción es una mera apariencia, habiéndose el efecto producido en realidad *ab initio*, porque ya entonces existían todos los elementos constitutivos.

Por lo demás, el fenómeno de la retroactividad envuelve una ficción. Pero la ficción es un proceso técnico de alcance más amplio; bajo el aspecto aquí considerado, debe ser puesto de relieve que con la ficción se deroga el principio, en cuanto que también de hechos jurídicos inexistentes el ordenamiento puede hacer derivar efectos o atribuir a un hecho efectos diversos de aquellos que de por sí sería apto a producir.

Los hechos voluntarios, llamados también actos jurídicos, se agrupan en dos clases: o son simples acciones humanas (positivas o negativas), que actúan sobre el mundo exterior, produciendo un cambio que tiene importancia para el derecho (siembro en un fundo ajeno, ocupo la cosa *nullius*, no custodio el depósito) o son declaraciones de voluntad, dirigidas a fines que el ordenamiento reconoce y protege.

Las declaraciones de voluntad así formadas constituyen los *negocios jurídicos* (1).

El acto jurídico es conforme al derecho objetivo o no. Si es conforme, nos hallamos frente a un acto lícito, porque el ordenamiento jurídico consiente que se realice y le atribuye efectos propios; si no lo es, puede ser, aunque no necesariamente, un acto ilícito que el ordenamiento reprueba y reprime; la disconformidad consistirá entonces en ser el acto contrario al derecho. A su vez, la ilicitud consiste en la violación de un precepto de la ley penal (hiero, robo) y cuando lleva consigo a un tiempo lesión de la esfera jurídica ajena, produce consecuencias jurídico-civiles (resarcimiento del daño, reparación de la culpa), o consiste solamente en la violación de la ley civil (negarse injustamente a satisfacer una deuda, pacto sobre una sucesión no abierta todavía, dolo, culpa, negligencia), y da lugar a la nulidad del acto, obligación del resarcimiento, restablecimiento de la relación perturbada u ofendida.

(1) La expresión negocio jurídico *Rechtsgeschäft* de los alemanes, es extraña a la terminología usada por nuestra legislación. Este habla de acto pero con significado no siempre uniforme porque a veces equivale a negocio, otras significa documento o instrumento, otras se equipara al contrato o se contrapone y otras finalmente expresa varios de estos significados conjuntamente.

La doctrina de los actos ilícitos se desenvolverá más adelante en la teoría de los delitos o cuasi delitos (vol. II, § 101) y de la culpa (§ 74). La de los actos lícitos no se puede reducir a un organismo unitario dada su infinita variedad. Es posible, por el contrario (y constituye un timbre de gloria de la ciencia moderna y especialmente de la ciencia pandectística alemana el haberlo intentado), construir una teoría general del negocio jurídico.

CAPITULO VIII

El negocio jurídico

§ 25.—*Concepto, especies y elementos del negocio jurídico*

Brugi, Ist. §§ 18-20; Pacifici, Ist. II. pág. 328, 387; Gianturco, Sist. I, § 50; Chironi Ist. I, § 56; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 369; Coviello, Man. I, §§ 101-104, 111, Crome, Par. gen., § 20; Windscheid, Pand. I, §§ 69-70; Regelsberger, Pand. I; §§ 135, 147, 148.

Concepto.—La más sencilla y corriente definición del negocio jurídico es la siguiente: una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico».

Con esto, mientras la categoría resulta amplísima, abrazando actos de muy distinta naturaleza (como el contrato y el testamento, la aceptación de una herencia y la renuncia de un derecho, el reconocimiento de un hijo natural y el pago de una deuda, la asunción de una tutela y la promesa de contratar), su esfera es completamente distinta de la esfera de los actos ilícitos, porque en estos hay un fin cuya consecución no es permitida por la ley, y distinta también del grupo ulterior de los actos lícitos que, como la edificación o siembra en terreno ajeno, la posesión de una cosa, la omisión, la abstención, etc., no consisten en una declaración de voluntad.

El análisis de las partes de la definición nos dará la noción completa del negocio jurídico, sobre el cual la doctrina no se muestra unánime.

El momento central y predominante es la *voluntad*. Si yo quiero satisfacer un interés y conseguir un fin y el ordenamiento concede eficacia a esta mi voluntad, se actúa el fin querido al reconocerse nacida una relación nueva o extinguida o modifica-

da una preexistente. Si es propiamente la voluntad o la ley la que produce este efecto, es una cuestión en mi opinión inútil, ya que ni la voluntad por sí sola sería idónea a producirlo, sin la tutela del ordenamiento ni éste por sí sólo sin la iniciativa particular. La voluntad debe ser manifestada; no tiene valor para el derecho objetivo una voluntad legítima, pero interna (1). Sólo al manifestarse puede el agente provocar la reacción jurídica querida y esta exteriorización que hace visible la voluntad, dándole una existencia objetiva, es lo que nosotros llamamos *declaración o manifestación*, siendo, por lo demás, indiferente que se efectúe con palabras, con gestos, o con el silencio. La declaración debe ser una declaración privada; con tal requisito se excluyen del concepto negocio jurídico otras declaraciones como la del Juez (sentencias), las de autoridades administrativas (ordenanzas, Decretos) o de una Asamblea legislativa (ley substancial, ley formal) (2). Finalmente la voluntad así declarada debe mirar a conseguir un fin y no sólo un fin lícito, sino un fin que sea tomado en consideración por el Derecho y sea por él adecuadamente protegido.

Sobre este último punto reina una gran disparidad entre los juristas pues mientras unos exigen una voluntad encaminada a conseguir aquellos efectos jurídicos que son a ella atribuídos por el ordenamiento o cuando menos dirigida a producir una reacción jurídica (aunque no se tenga conciencia de sus efectos concretos), otros estiman suficiente que la voluntad mire a un efecto práctico que se dirija empíricamente a la consecución de un fin jurídico. Yo pienso que la verdad se halla en la segunda concepción, no en la primera, que presupone en todos el completo conocimiento de las instituciones jurídicas y el conocimiento de las consecuencias que cada declaración es capaz de producir; pues casi siempre ocurre lo contrario, ya que las más de las veces se ignora el efecto jurídico y hasta el medio técnico para alcanzarlo, y, sin embargo, la voluntad debidamente mani-

(1) La voluntad, en tanto interna, es una mera proposición; ver Fagge-lla, *I Periodi precontrattuali*, Roma, 1918, pág. 21 y *Il potere della volontà nella formazione del negozio giuridico*, Milano, 1912,

(2) Ver Lenel en los *Ihering's Jahrb*, XIX, pág. 154 y siguientes.

festada, obtiene el resultado práctico, que constituye la creencia del efecto jurídico.

Especies.—No obstante la infinita variedad de los negocios que pueda originar la voluntad privada en la esfera de su autonomía, la doctrina los recoge y distribuye en categorías por notas y características comunes y es esto una exigencia, no sólo científica, sino también práctica, siendo muchas las reglas doctrinales y legales aplicables a muchos grupos de negocios.

a) Todos los negocios exigen una declaración de voluntad; para muchos basta con una sola declaración, siendo una parte tan sólo la que da vida al negocio (negocios o actos unilaterales); otros necesitan dos declaraciones, porque no se producen sino con la intervención de dos partes (bilaterales). Es unilateral el testamento, la renuncia; bilaterales son los contratos, en los que, frente a la declaración de uno está la opuesta, aunque correspondiente del otro. Parte significa, no la persona, sino la dirección de la voluntad, que es única, aunque la manifiesten varias personas, actuando conjuntamente (la renuncia de varios condóminos).

b) El ordenamiento puede exigir que la manifestación se haga con formas o solemnidades determinadas o, por lo menos, acompañada de ellas; el negocio es, entonces, *solemne* o *formal* y en los demás casos *no solemne*. La regla de Derecho moderno (en esto distinto de los antiguos, especialmente del romano antejustiniano muy esclavo de las formas exteriores y hasta simbólico en ocasiones) es que la declaración es libre en su forma, pudiendo el agente manifestarla como quiera. Hay negocios para los que se prescriben formas determinadas, que se resumen en el empleo de la escritura: el testamento debe ser un acto escrito, no admitiéndose el oral; la compraventa de un inmueble debe ser hecha en forma escrita; la obligación cambiaria surge solamente cuando se emplea un documento determinado. Cuando una forma es impuesta por la ley, ésta puede exigirla con fines diversos o como elemento esencial del negocio de modo que la forma es requisito indispensable para la existencia misma del acto, que se considera inexistente si no ha sido observada, o bien solamente a los fines de la prueba, de modo que el acto realizado,

sin la forma escrita, aun existiendo y teniendo plena validez, no puede probarse con todos los medios ordinarios.

Ad substantiam se requiere, por ejemplo, el acto escrito en la enajenación de un inmueble y el instrumento público en una donación; *ad probationem*, las convenciones que no se refieren a inmuebles pero tienen un objeto cuyo valor excede de 2.000 liras (1).

c) La mayor parte de los negocios constan de una o varias declaraciones de voluntad, tienen por objeto establecer una relación jurídica actual, obrar en nuestra esfera jurídica mientras vivimos, pues el que el nacimiento del derecho se verifique después de la muerte del declarante, no influye para nada en la naturaleza del acto, ya que la relación se constituyó en vida. Otros tienden a regular el destino de nuestro patrimonio, luego de nuestra muerte. Estos son los actos *mortis causa* que se resumen en el testamento; aquéllos, los designados con fórmula impropia *inter vivos* (2).

d) En los negocios que tienen por objeto una disposición patrimonial, hay que distinguir aquellos en que la atribución patrimonial va acompañada de una contraprestación, de aquellos otros en que falta esta última, de modo que mientras en éstos se da la adquisición de un derecho sin sacrificio alguno por parte del adquirente (actos a título gratuito: legado, donación), en

(1) La materia de las formas en los negocios jurídicos y las relaciones entre forma y substancia pueden estudiarse en Volderndorf, *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 1857; Frei, *Zur Lehre von der Form der Rechtsgeschäfte*, 1906; Franz, *Die Formbedürftigen Rechtsgeschäfte des Reichsprivatrechts*, Leipzig, 1907; Ihering *Geist des röm. Rechts*, § 53 y siguientes; Serafini, *Sulla millita degli atti giuridici compinti seuzza l'osservanza delle forme*, Roma, 1874; Ferrarini, *La forma degli atti giuridici* (en *Note di Dir. civ.*, Modene, 1898, pág. 83 y siguientes); Casino, *Sulla forme degli atti giuridici* (Arch. giur., LVII, 1896, pág. 423 y siguientes); Carrara, *La formazione dei Contratti*, Milano, 1915, pág. 357 y siguientes.

(2) Negocios que por su naturaleza íntima o por la finalidad que persiguen participan de los caracteres de una y otra especie y ocupan un lugar medio entre ambas categorías, representando por su anomalía figuras inciertas o mixtas serían, por ejemplo, la institución contractual de heredero o contrato sucesorio en general, la *donatio mortis causa*. Pero tales figuras no son admitidas por nuestro Derecho positivo.

aquéllos hay contraprestación, y, por tanto, cambio de valores (actos onerosos: compraventa, arrendamiento).

e) Finalmente, una importante distinción es la de *negocios causales* y *negocios abstractos*, pero como su perfecta inteligencia exige la previa noción de la causa, se hablará de ella más adelante (§ 29).

Elementos.—De lo dicho aquí se deriva como el negocio jurídico en su carácter más abstracto, como categoría general que comprende numerosos y diversos tipos (compraventa, institución de heredero, repudiación de una herencia, etc.), consta de dos fundamentales elementos: declaración de voluntad (o varias cuando a la consecución de un fin no sea suficiente la declaración de uno sólo) y el fin, es decir, la condición objetiva exigida por el Derecho para dar actuación a la voluntad.

En cuanto al primer elemento, se debe estudiar cómo se manifiesta la voluntad, vicios que pueden afectarla, si puede admitirse y en qué límites, una representación en la declaración o en la voluntad misma. Y esto será objeto de la exposición de este capítulo (§§ 26 28). Además, puesto que una voluntad no es eficaz, sino procede de un agente capaz, debe determinarse quiénes son los sujetos capaces y para qué clases de negocios jurídicos lo son, lo cual será explicado en general en la doctrina de las personas (§§ 36, 40, 42) y en particular al hablar de los derechos reales, obligaciones, familia y sucesiones. El segundo elemento, que llamamos causa del negocio jurídico, será estudiado luego del primero (§ 29).

Si los dos citados son requisitos indispensables del negocio jurídico concebido como categoría abstracta y universal, hay otros elementos que, además de éstos, pueden concurrir en los tipos singulares de negocios, ya que cada tipo ofrece una particular estructura que le da una individualidad propia, diferenciándolo de los demás. Ahora bien, para cada uno se dan determinados elementos que constituyen su esencia y cuya presencia es necesaria para que el negocio jurídico se constituya; entre éstos aparecen, naturalmente, en primera línea, la declaración de la voluntad y la causa. Así de la compraventa, son elementos constitutivos la cosa y el precio, del mutuo la entrega de bienes fun-

gibles; de la donación, la forma de instrumento público. Son estos los llamados *essentialia negotii* y su importancia estriba en que restringen la autonomía del particular, ya que si se omiten, el negocio no puede constituirse.

Todos los demás elementos son naturales o accidentales. *Naturales* los que responden a la naturaleza del negocio tipo, que son conformes a su índole, fijados por el ordenamiento mismo y sobreentendidos aún cuando las partes no los incluyan; así, por ejemplo, en la venta es elemento natural la garantía por evicción y todo vendedor responde de ella. Pero es concedido a las partes excluir o modificar a su arbitrio el elemento aquel que no es requisito de la existencia o validez del negocio. *Accidentales*, llámense aquellos que son introducidos por la voluntad de las partes (con tal que el negocio pueda admitirlos) y que tienden a modificar el tipo abstracto en la especie concreta que se crea. Son indefinidos en su número, pero tres de ellos tienen marcada importancia y requieren un estudio especial: la *condición* el *término* y el *modo*.

§ 26.—*Determinación y manifestación de la voluntad*

Brugi, Ist. §§ 24-25; Pacifici, Ist. II, pág. 331; Gianturco, Sist. I, § 51; Chironi, Ist. I, §§ 57, 61, 63; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 378; Coviello Man, I, §§ 112-119; Crome, Par. gen., §§ 23-24; Savigny, Sist. III, §§ 130-139; Windscheid, Pand. I, §§ 72, 75, 77; Regelsberger, Pand. I, §§ 136-142.

Para que la voluntad pueda producir el efecto que persigue, es necesario: 1) que sea manifestada; 2) que la manifestación sea hecha en forma y tiempo oportunos; 3) que la voluntad manifestada concuerde con la interna.

Manifestación.—Arte todo debe existir una voluntad interna. Una voluntad seria que derive de persona capaz; no puede constituir base de un negocio jurídico la determinación que se tome en broma o la de un niño. En tanto es interna la voluntad, no actúa en el mundo jurídico; debe, para que esto ocurra, manifestarse, exteriorizarse. El Derecho admite todos aquellos mo-

dos de manifestación, que según el uso o la costumbre son medios idóneos para publicar ese «interno querer»; la palabra, la escritura, los signos, un determinado comportamiento, hasta el silencio, cuando exprese el pensamiento interno, son medios admisibles; sólo en determinados casos exige que la declaración sea hecha con formas preestablecidas.

Puede darse una manifestación de voluntad expresa y otra tácita. *Expresa* es la que consiste en el empleo de medios sensibles, que sean de uso cotidiano en la vida. En primer término, la palabra oral y escrita, los signos por medio de la cabeza y de la mano, una acción positiva o una omisión cuando, según el modo corriente de entender estas últimas, sirvan a manifestar el acto volitivo. Declara de modo expreso su voluntad, no sólo quien habla o escribe, sino también el mudo que se expresa por señas y el comerciante que a mi petición de comprar la mercancía por un cierto precio, responde sin más, entregándome aquélla.

Tácita es la manifestación cuando se realizan ciertos actos que no se dirigen propiamente a exteriorizar una voluntad, pero se deduce ésta de la conducta o comportamiento de una persona. Así de la restitución del documento al deudor puede deducirse la intención o voluntad del acreedor de renunciar a su crédito (art. 1.279, artículos 1.188 y 999 del Código civil español), de la gestión de un patrimonio como heredero la de aceptar la herencia (art. 934). Pero es evidente que para que la voluntad se deduzca del comportamiento y de los hechos, precisa que éstos sean unívocos, es decir, que no ofrezcan la posibilidad de diversas interpretaciones.

También se puede tener una manifestación de voluntad con el simple *silencio*. No se puede, en general, afirmar que el silencio equivalga a una declaración, pero tampoco que sea indiferente e inexpresivo. Es cierto que el silencio es, por sí mismo, un hecho ambiguo; que no autoriza a conclusión determinada (*qui tacet neque negat neque utique fatetur*); pero en determinadas circunstancias, puede ser interpretado como manifestación de voluntad y la ley misma le atribuye tal contenido cuando, por ejemplo, reconoce una reconducción tácita en la permanen-

cia del arrendatario, en la posesión de la cosa sin oposición (artículos 1.592 y 1.610) (1).

Especialmente valdrá como declaración cuando, dada una declaración determinada entre dos personas, el modo corriente de obrar implica el deber de hablar; sobre todo cuando una determinada declaración implique para la persona a quien se hace una obligación, el silencio de esta última puede ser interpretado como asentimiento (2).

Si por regla general la voluntad puede ser declarada por los modos dichos algunas veces, la ley exige una declaración expresa (Código civil, artículos 1.188, 1.271, 1.281, 1.902) (3) y otras exige una forma determinada, excluyendo las demás. La declaración puede ser, además, de expresa o tácita, formal o solemne, y baste lo dicho sobre la distinción entre modos solemnes y no solemnes.

Deben distinguirse también en las declaraciones de voluntad las que son dirigidas a uno o más destinatarios, a los cuales deben ser notificadas de modo que el efecto de la declaración no se produce si la notificación falta y las que no necesitan de tal notificación. Las primeras se llaman *declaraciones recepticias* y las segundas *no recepticias*. En las primeras la notificación es elemento constitutivo de la declaración (así, por ejemplo, en los contratos), en las segundas no lo es y tiene un valor declarativo puramente (4).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.566 del Código civil español

(2) Véase Simoncelli, *Il silenzio nel Dir. civ., Rend. Ist. Lomb.*, 1897, página 253 y siguientes); Gabba, *Del silenzio nel Dir. civ.*, (*Giur. it.*, 1901, IV, pág. 338 y en *Nouve questioni*, I, pág. 109); Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (*Foro it.*, 1900, pág. 467 y siguientes); *Il silenzio nelle relazioni giur.* (*Rend. Ist. Lomb.*, XL, 1907); *I rapporti continuativi e il silenzio* (*Riv. Dir. comm.*, 1915, II, pág. 677); Sraffa, *Il silenzio ecc.* (*Giur. it.*, 1908, IV, pág. 353 y siguientes); Pacchioni, *Il silenzio ecc.* (*Riv. Dir. comm.*, 1906, IV, 2. pág. 23); Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* (*Riv. Dir. comm.*, 1906, I, pág. 509); Finocchiaro, *Interpr. dei contratti il silenzio* (*Dir. comm.*, 1915, II, pág. 565); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 900.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 1.137, 1.205 y 1.827 del Código civil español.

(4) Ver Barassi, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*. Milano, 1907 y *Ist. di Dir. civ.*, pág. 137.

Discordancia entre voluntad y manifestación.—En tanto la declaración reproduzca íntegra y exactamente la voluntad interna, no puede haber dificultad: el ordenamiento la reconoce siempre que no sea contraria a él. Cuando entre la voluntad y su declaración hay discrepancia, surgen dos graves problemas:

1.º Cómo se puede reconocer la discordancia entre lo que el agente ha querido y lo que ha declarado querer.

2.º Cómo se debe considerar una declaración, a la que en todo o en parte no corresponde el querer interno. Del primer problema no debemos ocuparnos por ser una mera cuestión de orden práctico. El segundo, por el contrario, tiene gran interés por envolver cuestiones teóricas de importancia capital para toda la doctrina del negocio jurídico.

De varios modos puede la voluntad discrepar de la declaración: 1), ni el contenido de ésta es querido ni es querida una declaración cualquiera; así, por ejemplo, si bajo el imperio de la violencia me fuerzan a pronunciar un «sí» que implica consentimiento a la enajenación. Estrictamente no hay una verdadera divergencia entre voluntad y declaración, ya que falta la voluntad dirigida al contenido o ya la dirigida a la declaración; 2), la declaración es querida, pero no su contenido; la divergencia puede recaer sobre el negocio mismo (quería alquilar y he declarado dar en enfiteusis) o sobre la cosa (quería comprar un cuadro de Rubéns y he indicado el de un desconocido) o sobre la persona (quería dar a Cayo y he nombrado a Mevio) o sobre uno cualquiera de los elementos del negocio (quería vender el fundo, pero no por el precio declarado).

Las causas de la discordancia pueden ser diversas, ya que la divergencia misma puede ser querida por el agente o puede por el contrario ser involuntaria. Es querida en la declaración hecha por juego, en la reserva mental, en la simulación. Es involuntaria y hasta ignorada cuando la declaración no conforme al interno querer sea motivada por error o violencia, cuando el representante no la transmita fielmente y en otros casos semejantes. De estas causas tienen especial importancia la reserva mental, la simulación y el error.

1) *Reserva mental* (1).—Se da cuando el declarante quiere internamente cosa diversa de lo que declara y sabe y tiene el propósito de emitir una declaración disconforme, lo cual se hace con frecuencia para inducir a error a aquel a quien la declaración se dirige, si bien puede ser hecha con fines honestos.

2) Cosa distinta es la *simulación* (2). También aquí se da una disconformidad consciente y querida de la declaración con la voluntad, pero resulta preordenada con la parte a que la declaración se dirige y concertado con ella a fin de engañar a los terceros. Si el concierto da vida a un negocio que no era querido (simulamos una venta, pero no queremos ni vender ni crear ninguna otra relación jurídica), la simulación es *absoluta*.

Otras veces se crea un negocio distinto del que en realidad se quiere (encubrimos en una venta una donación) o se declara lo querido, pero uno de los sujetos es distinto (declaro dar a Cayo para ocultar una donación hecha a Mevio) o es diverso el objeto (declaramos en la compraventa un precio diferente del real) o algún otro elemento, la simulación en estos casos es *relativa*, porque un negocio es querido pero resulta disimulado bajo falsas apariencias, y, por tanto, al lado del negocio verdadero (disimulado) que suele encerrarse comunmente en una contradecación (ver artículos 1.319, 1.383, 1.384 del Código civil) (3) se coloca el aparente (simulado). No siempre es el mismo el fin con que se acude a la simulación; se halla frecuentemente en las par-

(1) Kohler, *Studien über Mental reservation und Simulation* (Jahrbh. f. d. Dogm., XVI, 1878, pág. 91 y siguientes); Vogel, *Mentalreservation und simulation*, 1900; Fendi, *La riserva mentale il dolo e l'errore nel matrimonio* *Giur. it.*, 1906, IV, pág. 161 y siguientes).

(2) Ferrara, *Della simulazione nei negozi giur.*, 3.^a ed., Milano, 1913; *La simulazione assoluta* (*Riv. di Dir. comm.*, 1908, págs. 460, 550 y siguientes); Messina, *La simulazione assoluta* (*ib.* 1917, págs. 393, 500 y siguientes, 1918, págs. 10, 610 y siguientes); Mirabelli, *Diritto dei terzi*, I, página 450 y siguientes; Coviello, *La simulazione riguardo ai terzi di buona fede* (*Giur. it.*, 1904, pág. 492 y siguientes); Fourcada, *Etude sur la simulation en Droit civil*, 1887; Pestalozza, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1919; (*Entr. de la Enc. giur. it.*), idem *Appunti in tema di simulazione relativa* (*Riv. Dir. comm.*, 1917, I, pág. 737 y siguientes).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 1.230, 1.319 y 1.322 del Código civil español.

tes y tiende, por lo común, a eludir una prohibición legal: defraudar a los acreedores, evitar una imposición fiscal, es decir, un fin fraudulento que, sin embargo, puede no existir por cuanto el fraude no constituye fin necesario de la simulación.

3) El error es, en general, un conocimiento falso (1). Pero del error se deben distinguir dos especies intrínsecamente distintas, aunque aquí sólo una interesa: el error que recae en la declaración y el que recae en la voluntad. El primero, que es llamado error *obstativo* (Savigny lo llamaba *impropio*), es el error que provoca una divergencia entre voluntad y declaración, de modo que es querida una cosa y por error es declarada otra. El segundo, llamado error *propio* por Savigny (se llama también *error nulidad* o *error vicio*), es un falso conocimiento que influye en la determinación interna de la voluntad e induce al agente a querer una cosa que no hubiese querido de haber tenido un conocimiento exacto, es un vicio de la voluntad que actúa en la formación, pero no influye en la manifestación.

El error aquí considerado es el error obstativo o sea el que es causa de la divergencia entre voluntad y manifestación (el otro, el error vicio, no crea discordancias, siendo conformes voluntad y declaración y será examinado en el § siguiente). Puede asumir formas diversísimas; una palabra que es empleada con ignorancia de su significado o es equívoca (digo usufructo cuando debía decir uso), la declaración que va dirigida a una persona, confun-

(1) Ver Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; Leonhard, *Der Irrthum bei inchtigen Verträgen*, Berlín, 1882-3; *Der Irrthum als ursache inchtigen Verträge* 2.^a ed, Breslan, 1907; Ryck, *Der Irrtum bei Rechtsgeschäft* (en *Festgabe für Beseler*, pág. 124 y siguientes); *Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund im Entwurf des B. G. B.* 1889; Bähr, *Ueber Irrungen im kontrahieren*, 1895; Unger, *Ueber die legisl. Behandlung des Wesentlichen Irrthum* (*Grünhus Zeitschr.*, XV, 1887, pág. 673 y siguientes); Manigk, *Irrtum und Auslegung*, Berlín, 1919; Vareilles Sommieres, *Etude sur l'erreur*, París, 1871; Fubini, *La dottrina dell'errore in Dir. civ. it.*, Torino, 1902; Gabba, *Contributo alla dottrina delle'errore* (*Giur. it.*, 1900, pág. 641 y siguientes); *Nuove questioni* (pág. 1 y siguientes); Venezian, *L'errore ostativo* (St. per Scialoja I, pág. 185 y siguientes); Messina, *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 356, n. f. IV, página 280, n. i., Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 842; Ruggiero *Non videtur que errat consentore* (en *Diz. pr. di Dir. priv.*).

diéndola con otra (declaro dar a Mevio creyendo que hablo con Cayo), la indicación de un objeto, siendo otro el debido (declaro vender el caballo negro, pensando y queriendo vender el blanco, etc.). También es indiferente que el error provenga de la persona misma del declarante o de otros; se equipara al error mío el cometido por mi representante, que transmite mi declaración de un modo inexacto (dice que yo quiero vender, debiendo decir que quiero arrendar), o el del destinatario que percibe o entiende mal sin declaración, conforme en absoluto con mi voluntad interna (he declarado constituir en depósito una suma y la otra parte ha creído que yo quería darla en mutuo).

Mientras la solución es sencilla cuando ni la declaración ni su contenido eran queridos, debiéndose considerar el negocio inexistente en los casos de verdadera y propia divergencia, la dificultad estriba en averiguar si se debe dar preferencia a la voluntad sobre la declaración o a la declaración sobre la voluntad. No es suficiente aquí el principio lógico según el cual—dada la exigencia de dos elementos para que una tercera entidad se constituya—debería concluirse que no existe negocio cuando de los dos elementos que lo integran uno falta, porque, por el contrario, ambos se dan en este caso, aunque no se correspondan.

En favor de la preferencia a la voluntad interna se puede aducir que, en definitiva, es la voluntad la causa primera de todo cambio jurídico y constituye el elemento decisivo de todo negocio; según una teoría que se llama de la voluntad, debiera considerarse nulo el negocio, porque la verdadera voluntad no se ha exteriorizado, habiéndose manifestado otra que no existe. Pero es fácil observar que como el Derecho no se contenta con el querer interno, sino que exige una voluntad exteriorizada, no puede suprimirse la manifestación, ya que es ella la que despierta en quien la recibe representaciones psíquicas y actos volitivos. Además la seguridad de la contratación no consiente que pueda impugnarse sin más la declaración, alegando que no responde a la voluntad interna. Así se llega a través de estas y otras objeciones a sostener que se debe dar preferencia a la declaración; en efecto, una teoría opuesta, llamada de la declaración, quiere que el negocio surja con el contenido que ha sido declara-

rado y que la manifestación produzca todos sus efectos aunque falte la voluntad correspondiente. También esta teoría es defectuosa, porque olvida el elemento interno y da eficacia a una mera apariencia de voluntad.

La solución sólo puede ser dada por la ponderación de las causas y de los momentos que provocaron y acompañaron las divergencias entre voluntad y declaración. No puede ser absoluta, debiéndose armonizar las exigencias de la seguridad en la contratación, con el principio según el cual no hay negocio sin voluntad, ni puede ser uniforme para todos los casos de divergencia, debiéndose tener en cuenta la conciencia que el declarante o el destinatario tuvieron de la discordancia, la buena o mala fe respectivas, la imputabilidad de la divergencia, según que sea motivada por culpa del declarante (imprudencia, dolo) o bien por otra causa involuntaria. La justa consideración de todas estas circunstancias sirven para pronunciar la nulidad del negocio cuando la declaración sea disconforme sin culpa del declarante y sin que el mismo la conozca, o la validez del negocio en el caso inverso, substituyendo el elemento de la voluntad que falta por un elemento nuevo que la suple y que funciona excepcionalmente como constitutivo del negocio: la responsabilidad. En efecto, quien hace una declaración y sabe que es disconforme, disconformidad que obedece a imprudencia o a otra causa que le sea imputable, tiene una responsabilidad con respecto al destinatario, quien tiene derecho a considerar la expresión conforme con la voluntad interna; la buena fe en la contratación y la seguridad de la palabra ajena exigen que sea protegido quien, dadas las circunstancias en que la declaración fué hecha no tenía motivos para dudar de su conformidad con el querer interno. De aquí precisamente esta limitación al principio: el negocio no es válido cuando la otra parte conocía la discordancia o hubiera podido conocerla.

De cuanto llevamos dicho se deducen las siguientes reglas para los tres casos más notables de divergencia:

1) En la *reserva mental* la declaración produce todos sus efectos como si correspondiese a la voluntad interna, y, por consiguiente, el negocio nace y es válido, porque la reticencia del

declarante, ignorada por la otra parte, no puede anular la declaración.

2) En la *simulación* se deben distinguir las relaciones de las partes entre sí y la de las partes con los terceros, separando, además, la simulación absoluta y la relativa. En la absoluta, la declaración no produce efecto alguno, no crea ningún negocio, falta, en efecto, la voluntad de provocar el negocio contenido en la declaración, ni otro cualquiera. Pero si así es entre las partes, frente a los terceros de buena fe el negocio simulado se debe considerar existente y válido; el tercer adquirente sobre la base del negocio simulado conservará su adquisición con tal que ignorese la simulación. En la simulación relativa, habiéndose querido un negocio y realizado otro distinto, el negocio simulado es nulo, debiendo considerar existente el disimulado, que es el realmente querido (*plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*) a condición de que en el negocio simulado se contengan todos los elementos substanciales y formales que son necesarios para la existencia del disimulado (así en una venta simulada para ocultar una donación, la que se origina es la donación con tal que ésta sea lícita entre las partes y que haya sido hecho en instrumento público, etc.). Pero frente a los terceros de buena fe, el negocio simulado se considera como existente y válido, de modo que los autores de la simulación no podrían invocar ésta para impugnar la adquisición hecha por el tercero de buena fe.

3) En el caso de error (entendiéndose por tal el *obstativo*), puesto que la discordancia no es predeterminada, sino que es más bien inconsciente, no se puede atribuir a la declaración disconforme eficacia alguna, y por ello el negocio es nulo. En efecto, ya esté el error en el declarante o ya en la otra parte, es siempre cierto que se ha pensado una cosa y que se ha declarado o entendido otra distinta, y que a la deficiente voluntad manifestada o a la falta de consentimiento nada puede sustituir. Pero no siempre el error excluye el concepto de responsabilidad, ya que si la discordancia es involuntaria la causa del error puede serle imputable, cuando hubiera podido evitarse con mayor diligencia (por imprudencia he designado un objeto en vez de otro, he elegido como representante una persona inepta,

etcétera). Se debe, pues, distinguir el error excusable del inexcusable; sólo en el primero la declaración es ineficaz, no en el segundo, en que el negocio es válido. Siendo imputable al declarante una culpa aunque sea de grado mínimo, debe la otra parte ser protegida por la confianza que razonablemente tuvo en la exactitud de la declaración, y la protección se actúa concediendo efecto pleno a la declaración, no obstante la falta de una voluntad correspondiente. Cesa, sin embargo, la protección y es nulo el negocio si falta la buena fe en la otra parte.

§ 27.—*Vicios de la voluntad*

Brugi, Ist. § 24; Pacifici, Ist. II, pág. 336; Gianturco, Sist. I, § 52; Chironi, Ist. I, §§ 58-60; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 460; Coviello, Man. I, §§ 120-124; Cromé, Par. gen., §§ 25-27; Savigny, Sist. III, § 114 y siguientes; Windscheid, Pand. I, §§ 78-80; Regelsberger, Pand. I, §§ 143-146.

El Derecho no puede limitarse a exigir una voluntad y una declaración conforme; debe exigir también que el «querer interno» dimane de persona capaz, que sea serio y verdadero, que se haya formado de modo consciente y libre en el sujeto. Varias causas pueden perturbar la libre determinación de la voluntad e influir sobre el agente de modo que hagan que aquélla se desvíe; bajo la influencia de estas causas se forma una voluntad distinta de la que debió formarse y que hubiera sido la verdadera voluntad del sujeto; surge, pues, una discordancia (no como en los casos examinados entre el querer interno y su manifestación), sino entre la voluntad, como de hecho se ha formado, y la voluntad que se hubiera dado si motivos extraños no la hubieran desviado. Estas causas se resumen en tres: error, dolo y violencia y tienen de común efecto, no ya el impedir que surja el negocio jurídico, sino el hacerlo anulable.

a) *Violencia* (1).—De las dos formas en que puede ejer-

(1) Schliemann, *Die Lehre von zwang*, 1861; Schlossmann, *Die Lehre von zwang*, 1874; Kohler, *Die Menschenhülfe im Privatrecht*, (Jahrbb. f. d., Dogm., XXV, 1887, pág. 1 y siguientes); Blume, *Zur Lehre von durch Dro-*

cerse la coacción sobre la persona, interesa aquí solamente la violencia moral o *vis compulsiva* que, encaminada a forzar una declaración, vicia la voluntad sin excluirla; no la violencia física o *vis absoluta*, que excluye totalmente la voluntad en cuanto priva al violentado de toda posibilidad de querer e impide que nazca el negocio mismo. La violencia moral, consistiendo en la amenaza de un mal que alcanzará al amenazado si no realiza el acto, opera psicológicamente, genera con el temor un estado de libertad incompleta en la persona, pero no suprime la voluntad, ya que es posible siempre la elección entre el mal amenazado y la declaración. La *voluntas coacta* es, sin embargo, siempre *voluntas (quamvis coactus tamen volui)* (1), pero también es cierto que *non intelligitur voluisse qui coactus est* si se mira a la voluntad que se hubiera determinado si no se hubiese producido el temor.

Sin embargo, no toda amenaza invalida el negocio jurídico. Se requieren especiales condiciones determinadas por la ley en el art. 1.112, que declara: «el consentimiento se reputa obtenido con violencia cuando ésta es de tal naturaleza que impresione a una persona sensata infundiéndole el racional temor de exponer su persona o sus bienes (*sostature*) a un mal de consideración». Precisa, por tanto: 1) que la amenaza sea verdadera y seria, no solamente sospechada, lo que implica que el temor que se infunde se base en la suposición verosímil y racional de que será verdaderamente irrogado; no es preciso que el mal sea actual o inminente, sino que pueda ser futuro; 2) que la violencia sea in-

hung. erw. Willenserklärungen (ib. XXXVIII, pág. 224); Fadda, Tunore riverenziali e violenza nella conclus. d. matrimonio (Riv. pr. di Dir. e giur., III, 1905); Cosentini, La violenza nel Diritto privato, Módena; Sdetfi, Stato di necessita e violenza morale (Riv. di Dir. comm., 1920, II, pág. 622 y siguientes); Demoque, Die la violence come vicedu consentement (Rev. trim. de Dr. civ).

(1) Paulo en el notable fr. 21, § 5. D. 4. 2. *quamvis si literum esset nol-sissem tamen coactus volui*, aún más significativo es el de Celso, fr. 22. D. 23, 2, quien con el *maluisse* y con el *invitus* expresa la posibilidad que el violentado tenía de elegir entre el mal y la declaración *Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii esset contraxit tamen matrimonium quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.*

justa o sea ilegítimamente empleada dada la relación en que se hallan las personas entre sí o el fin a que tiende. No es ilícito, por ejemplo, la amenaza del acreedor al deudor de subastarle los bienes, pero se convertiría en tal si pretendiese tener un crédito mayor que el verdadero; 3) que el mal amenazado sea grave, de consideración (*timor maioris malitatis*). Se reputa grave aquel que comparado con la declaración obtenida importa mayor daño que la declaración misma, de modo que entre dos sacrificios se elige el menor. El daño puede ser en la persona o en el patrimonio, en la persona o en los bienes propios o en los de aquellas personas que están unidas por algún vínculo al violentado. Que los vínculos sean de sangre, de afecto o de interés, no importa, pero racionalmente presume la ley que sea como hecha a nosotros mismos la que se hace a la persona o bienes de nuestro cónyuge, de nuestros descendientes o ascendientes; en los demás vínculos debe el Juez indagar si la relación es suficiente para que justifique una aminoración de la libertad en el declarante (art. 1.113) (1); 4) que el temor sea racional, que no haya una evidente desproporción entre el peligro amenazado y la resistencia que todo hombre puede oponer. Si la ley habla de violencia capaz de hacer impresión en una persona sensata, es porque no exige la resistencia de un *constantissimus homo*, como querían los romanos, ni se contenta tampoco con un *metus vani hominis* (2).

Por otra parte, la medida de la proporción no puede ser dada siempre por el tipo abstracto del hombre sensato, ni demasiado fuerte ni demasiado débil, sino que debe serlo caso por caso por las especiales condiciones del sujeto, teniéndose en cuenta el sexo, la edad, etc. (art. 1.112). Se considera que falta siempre tal proporción, más aún, que falta la violencia misma en el temor llamado reverencial, consistente en aquel respeto intenso que induce frecuentemente a las personas sometidas a

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La disposición contenida en el último párrafo del art. 1.113 del Código civil italiano, no existe en el español que refiere solo la violencia a la persona o bienes del que la padece o de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

(2) Ver para estas frases Gayo, fr. 6. D. 4. 2.

la autoridad ajena a realizar actos que no realizarían espontáneamente (art. 1.114). Sin embargo, no puede excluirse *a priori* que el *metus reverentialis* pueda alguna vez asumir la gravedad y la importancia de una verdadera y propia *vis* y, por ende, invalidar el consentimiento; 5) que, finalmente, haya un nexo de causalidad entre la amenaza y la declaración, es decir, que aquélla haya sido empleada para obtener ésta.

Que haya usado la violencia la persona en cuyo favor se hizo la declaración, no es necesario; produce el mismo efecto la ejecutada por persona diversa, con tal que se dirija al mismo fin (art. 1.111) (1). De esto deriva que el temor provocado por un peligro natural o por un hecho humano extraño (naufragio, terremoto, guerra), no entra en el concepto de la violencia; la declaración hecha bajo su influjo será nula o impugnabile por otra causa, por ejemplo, ilicitud, porque alguno se haya aprovechado del peligro o del estado de necesidad en que se hallaba el declarante haciéndose prometer algo de éste (2).

Cuando concurren los requisitos estudiados, el efecto de la violencia es hacer anulable el acto, cualquiera que sea, así, por ejemplo, matrimonio, contratos en general, testamento. A este efecto pueden añadirse otros, como la responsabilidad penal o la indignidad de sucesión en la herencia del violentado para aquel que haya violentado a alguien en su libertad de testar.

b) *Error* (3).—El conocimiento falso de un hecho o de una norma jurídica que se resuelve siempre en ignorancia, ya que ignora la verdad quien posee una noción falsa, puede influir en la determinación interna de la voluntad y extraviarla induciendo a querer cosa diversa de la que realmente se hubiera querido si

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda con los artículos 1.267 y 1.268 del Código civil español.

(2) Ver Fadda y Bensa en Windscheid *Pand.* I, pág. 924; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 369, n. q.; Coviello, *Dello stato di necessita* (Filang., 1898, p. I. y siguientes); Claps en *Foro it.*, 1898, I, pág. 1.364; Chironi, *Lo stato di necessita nel Dir. privato*, Torino, 1906; Natlini, *Appunti sulla nature giur. dell'atto necessitato* (*Riv. Dir. comm.*, 1901, I, pág. 702); Japón, *Lo stato di necessitá del Dir. priv.*, Milano, 1917; Perassi, *Necessitá e stato di necessitá nella teoria domm. della prod. giur.*, Milano, 1907.

(3) Ver la literatura antes citada.

la noción equivocada no hubiera extraviado la mente. Hay aquí dos voluntades: una, formada bajo el influjo de la falsa representación y como tal manifestada; la otra, que no se ha formado siquiera y, por tanto, no ha sido declarada, pero que puede considerarse como efectiva voluntad del agente, porque eliminado el error, ésta y no otra hubiera sido su voluntad. Hay, pues, una discordancia, no como en el error obstativo entre voluntad interna y manifestación, sino entre dos querer, uno manifestado y falso, el otro interno, no desenvelto, y que debe, sin embargo, considerarse el único verdadero (1).

Los puntos sobre los cuales puede recaer el error que vicia la voluntad, son los mismos que aquellos sobre los que puede recaer el error obstativo. Se ha hecho ya una referencia al hablar de este último; precisa ahora completarlo recordando las categorías en que la doctrina agrupa las varias especies de error.

Debe primeramente distinguirse el error esencial del accidental o concomitante. Esencial es el que recae sobre puntos esenciales del negocio, es decir, sobre elementos constitutivos del negocio jurídico, ya resulten tales según la naturaleza intrínseca del tipo abstracto del negocio jurídico, o ya se conviertan en tales en el caso concreto por haber tomado el declarante como momento importante y decisivo uno que no lo sea por sí. Accidental es el error recayente en un momento secundario o accidental del negocio (2).

A su vez, el error esencial puede ser:

a) *Error in negotio*, es decir, error sobre la índole misma

(1) La práctica suele servirse para expresar el efecto del error de dos aforismos tomados de las fuentes romanas (fr. 20. D. 39. 3; fr. 116. § 2. D. 50, 17), *nulla errantis voluntas, non videtur qui errat consentire*. Sobre el valor de estos adagios aplicados al error obstativo y sobre su falsedad entendidos como reglas generales, ver De Ruggiero, *Non videtur qui errat consentire, floccit*.

(2) Adviértase que muchos escritores llaman error esencial aquel que excluye la voluntad, es decir, el error obstativo, y error accidental el que no excluye el querer pero lo vicia, es decir, el error vicio y error nulidad. Preferimos la significación acogida en el texto, porque llamar accidental el error que vicia la voluntad, puede crear el equívoco de que se trate de elementos secundarios del negocio.

del negocio que se realiza cuando se toma por deficiente conocimiento del Derecho una causa jurídica por otra, confundiendo, por ejemplo, la enfiteusis con el arrendamiento (1).

β) *Error incorpore*, que recae sobre la identidad del objeto; por ejemplo, yo declaro querer comprar el caballo que está ante mí y quiero, efectivamente, comprarlo por haberme inducido a ello el haberlo confundido con otro.

γ) *Error in substantia*, un error que versa sobre la esencia de la cosa o sus propiedades que se consideran, en concreto, como esenciales al destino económico y a la función social de una cosa; en otros términos, un error sobre cualidades del objeto que objetiva o subjetivamente, determinan su función; ejemplo: si yo pienso y declaro comprar un anillo que supongo de oro, siendo en realidad de plata dorada, un caballo que creo árabe, siendo sardo en realidad.

δ) *Error in persona*, que recae en la individualidad de la persona, en las cualidades personales que, dada la naturaleza del negocio, suelen ser tomadas en consideración como determinantes de la voluntad o que en el caso concreto hayan sido decisivas para el declarante. Ejemplo: Si yo doy a Ticio una recompensa por creer que ha salvado a mi hijo del naufragio, siendo Mevio el que en realidad lo salvó (error sobre la individualidad personal) o si encargo a un pintor, creyéndolo de gran valía, la restauración de un precioso cuadro, siendo en realidad un simple decorador (error sobre las cualidades esenciales).

Los demás errores son accidentales por regla general; así, el llamado *error in qualitate* es el que designa un error que recae sobre cualidades secundarias; el *in quantitate* para las cosas que se numeran, pesan o miden; igualmente los errores sobre un término, una condición o una cláusula accesoria del negocio.

Sin embargo, también estos pueden elevarse a errores esenciales cuando la cualidad, la cláusula, hayan sido consideradas por el declarante como momentos decisivos para determinarse.

(1) El error sería obstativo si yo he querido arrendar y he hablado de concesión enfiteútica. Análogamente se repite para las demás especies de error, si bien la diferenciación entre error obstativo y error vicio resulte muy sutil.

Finalmente, debe distinguirse el *error de hecho* del *error de derecho* (1), según que la voluntad se determine en una dirección dada por ignorancia o falsa interpretación de una norma jurídica; un precepto existente en el ordenamiento jurídico es ignorado y un precepto que no existe se reputa existente. El primero es todo aquel que recae sobre un hecho, pudiendo, en concreto, asumir una de las figuras ya indicadas (*error in corpore, in substantia, in persona, in qualitate, etc.*).

Dicho esto se debe, ante todo, observar que sólo el error substancial, nunca el accidental, influye en la validez del negocio; sólo el primero, viciando la voluntad en uno de sus momentos importantes, produce la anulabilidad del acto; el segundo es indiferente al Derecho objetivo y puede dar lugar, a lo sumo, a una acción de resarcimiento o a otros remedios reparatorios.

Tampoco influye en la validez del negocio ni produce siquiera efectos menores o secundarios el *error en los motivos*. Esta especie de error no debe ser confundida con ninguna de las anteriores, porque por motivos debe aquí entenderse las representaciones psíquicas internas que han impulsado a realizar el acto jurídico, que han sido ocasión a la determinación volitiva, pero que no son la causa determinante, el motivo último o próximo de la declaración. Así, por ejemplo, si yo me decido a vender mi casa porque creo (erróneamente) que debo abandonar la ciudad en que se halla situada, el error recae en el motivo psicológico interno que impulsó mi voluntad, pero que no influye en la validez del negocio; no hay otra manera de hacer influyente

(1) La antítesis entre *error facti* y *error juris* parece ser del período antejustiniano; Vassalli, *Iuris et facti ignorantie* (*Studi senesi*, XXX, 1913).

La ignorancia o error de derecho es por nosotros considerada como causa que desvía la voluntad o sea como vicio del querer y en consideración a la validez del negocio. No es este el lugar propio de hablar de la ignorancia del Derecho como causa de inobservancia de las normas jurídicas. De esto se ha hablado y visto que tal ignorancia no excusa. Ver Zanobini, *La pubblicazione delle leggi nel Dir. it.*, Torino, 1917, pág. 97 y siguientes y *L'ignoranza della legge* (*Riv. Dir. comm.*, 1919, II, pág. 624 y siguientes).

tal motivo que la de elevarlo a causa determinante consignándolo expresamente como condición.

Para que el error pueda invalidar la declaración es necesario que haya sido la causa única o principal del acto. Y en este aspecto tanto vale el error de hecho como el de derecho; que el Código se refiera sólo a tal requisito por lo que respecta al error de derecho (art. 1.109) (1), no debe inducir a creer que no sea requerido también en el error de hecho, ya que el análisis de la disposición contenida en el art. 1.110 demuestra que también en éste se exige que haya sido la causa principal o determinante del acto. Nada diverso exige, en efecto, la ley cuando declara que el error de hecho produce la anulabilidad sólo cuando recaiga sobre la substancia de la cosa o si se trata de error en la persona cuando la consideración de ésta haya sido la causa principal del negocio; la fórmula comprende las varias clases de error esencial objetivo, de error sobre la identidad o cualidades personales, y puede también extenderse a otros errores de hecho recayentes en otros elementos considerados esenciales por el declarante.

Es preciso, además (aunque la ley no se refiera a ello), que el error sea *excusable*; un error tan burdo que no pueda admitirse que nadie incurra en él o un error menos grave, pero que hubiera podido evitarse con prudencia, no se puede invocar por el que ha incurrido en él para anular la declaración. No falta, sin embargo, quien sostenga que la excusabilidad del error sea requisito necesario para poderlo invocar y quien afirma que todo error influye en la validez del negocio, aunque sea provocado por negligencia, aparte, sin embargo, la responsabilidad por la culpa cometida. Como quiera que sea, para quien exige la excusabilidad, ésta es un elemento que no puede ser valuado sino caso por caso, habida cuenta de las condiciones subjetivas de la persona, debiendo ser juzgada con mayor rigor en el error de hecho.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 1.266 del Código español exige de un modo general para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la substancia de la cosa objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

No todas las especies de error influyen en todos los negocios jurídicos. Se ha visto ya, en lo que se refiere al error sobre la persona, que éste no influye sino en los negocios en que la persona o sus cualidades son tomadas en particular consideración; influye, pues, en todos los negocios a título gratuito, principalmente en la donación, en la institución de heredero, en el legado, en aquellos a título oneroso en que la prestación debida consista en una actividad técnica, en aquellos en que la relación jurídica se basa en la confianza; no influye cuando se da un simple cambio económico de dos valores, como en la compraventa o en la permuta. Ninguna clase de error, de derecho ni de hecho, puede invalidar la aceptación de la herencia, que sólo es impugnabile por violencia o por dolo (art. 942). Es impugnabile sólo por error en la persona el matrimonio (art. 105) (1); no invalida la división el error en los bienes (art. 1.038).

Finalmente, el error de derecho no actúa en la transacción (artículo 1.772), la cual, teniendo por objeto prevenir una controversia, se basa en una incertidumbre que puede también recaer sobre el derecho de las partes; no es admitido en la confesión, que es, por regla general, irrevocable, y sólo puede revocarse si fué consecuencia de un error de hecho y nunca bajo pretexto de un error de derecho (art. 1.360) (2) (3).

(1) Es siempre calurosa la controversia sobre si el error aquí admitido por la ley sea el que recae sobre la identidad del esposo o sobre sus cualidades personales y entre éstas sobre sus cualidades físicas, morales o civiles. Ver Gabba, *Sull'errore di persona nel matrimonio*, I, pág. 1 y siguientes; Dusi, *Ancora sulla nullità del matrim per ragione di errore o di dolo* (*Riv. it. per le Sc. giur.*, XXXIV, 1902, págs. 3, 327 y siguientes); Atzeri, *Dell'errore sulle qualità della persone nel contr. di matrim.*, (*Studi per*, Fadda, IV, pág. 173 y siguientes); Degni, *Ancora sull'errore come causa di nullità del matr.*, (*Foro it.* 1912, pág. 970).

(2) Sobre el verdadero significado de esta disposición reina gran discusión en la doctrina; ver De Ruggiero, *Non faletur qui errat* (en *Diz. pr. di Dir. priv.*).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 942 citado en el texto concuerda con el 997 del Código civil español, que no es tan expresivo como aquel puesto que se limita a afirmar que la aceptación y repudiación son irrevocables y que una vez hechas no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento. El ar-

c) *Dolo*.—Puede todavía definirse como lo hacía Labeón (fr. 1 § 2, D. 4. 3), *dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*; es toda actitud contraria a las leyes de la honradez dirigida a provocar engaño en los demás; una voluntad maliciosa que opera mediante engaños para inducir a los demás al error o mantenerlos en el mismo, procurándose con el daño ajeno un provecho. Es, pues, un acto ilícito tomado en consideración como causa que desvía la voluntad de su recta determinación y provoca un error; en tal caso la ley no se detiene en el error, que es ya de por sí un vicio, sino que se fija en la causa y con ello hace posible la anulación del negocio en casos en que el error no lo anularía, por recaer en elementos no esenciales o en motivos internos.

Según la definición recordada, el dolo, que constituye acto ilícito, es el caracterizado por la maldad del propósito, el *dolus malus* de las fuentes romanas; no se pueden equiparar a él las lisonjas, los halagos con que una parte busca en los contratos el influir sobre la otra (*dolus bonus*) (1). El dolo ilícito puede actuar de dos maneras sobre la voluntad: o bien determinándola, de modo que sin él el negocio no se hubiera verificado (*dolus causam dans*), o bien influyendo en los momentos secundarios de modo que sin el dolo el negocio se hubiera realizado, si bien en condiciones diversas y en general menos onerosas (*dolus incidens*) (2).

El dolo que puede invalidar el negocio es solamente el determinante (art. 1.115) (3); el *dolus incidens*, como no influye en la voluntad fundamental de realizar el acto, puede dar lugar a

título 105 con el 101 del español, el 1.038 con los 1.073, 1.074 y 1.079, el 1.772 con el 1.817 y el 1.360 concuerda, parcialmente, con el 1.233 del Código civil español.

(1) Podemos repetir aún hoy con las fuentes romanas que es cosa natural en los contratos el rivalizar en las astucias; ver fr. 22. § 3. 23. D. 19. 2.

(2) Biondi, *Dolus incidens e dolus causam dans* (*Riv. Dir. comm.*, 1914, XII, pág. 100 y siguientes).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda con el 1.270 del Código civil español.

una demanda de resarcimiento de daños, a una reducción de la prestación prometida, a una limitación de los efectos, suprimiendo aquéllos que son consecuencia del engaño.

Es necesario también que el dolo, si se ocasionó en un negocio jurídico bilateral, provenga de la otra parte; si proviene de un extraño es indiferente a los fines de la validez del negocio y sólo podrá producir una acción de resarcimiento contra el tercero autor del engaño, mientras en la relación de los contrayentes entre sí influirá solamente y podrá incluso anular el acto, si concurren todos los requisitos, el error ocasionado por el dolo. Se entiende también que el dolo usado por un tercero es motivo de anulación cuando el otro contrayente conociere su empleo; el obtener provecho de aquél le hace cómplice. Al contrario, en los negocios unilaterales es invocable el dolo, cualquiera que sea quien lo cometa; así en las disposiciones de última voluntad, en la aceptación de la herencia (art. 942) (1).

Adviértase, finalmente, que así como el autor del dolo no podría invocarlo contra la otra parte para invalidar el negocio (2), así también cuando entrambas partes se hayan engañado recíprocamente, ninguna podrá proceder contra la otra, compensándose el dolo de una parte con el de la contraria.

§ 28.—*La representación*

Brugi, Ist. § 19; Pacifici, Ist. II, pág. 398; Gianturco, Sist. I, § 66; Chironi. Ist. I, §§ 74-75; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 411; Coviello, Man. I, §§ 125-128; Crome, Par. gen., § 28; Windscheid, Pand. I, §§ 73-74; Regelsberger, Pand. I, §§ 159-164 (3).

Si normalmente quien realiza un acto jurídico debe quererlo

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuera con el 997 del Código civil español.

(2) Ver sobre los aforismos *nemini dolus suiss prodesse potest*, y De Ruggiero, *Nemo ex proprio dolo commodum consequitur* (en *Diz. pr. di Dir. priv.*).

(3) Para la doctrina romanística y civilística de la representación, consúltense Buchka, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingebung von*

y manifestar su voluntad, nada impide, sin embargo, que pueda ser sustituido en la misma determinación interna, funcionando la voluntad del sustituto en lugar de la suya o solamente en la declaración de la voluntad, actuando como instrumento de transmisión de la ajena. En uno y otro caso se tiene una representación en sentido lato, pero representación en sentido técnico sólo es, según los juristas, la primera. Representante no es, en efecto, el *nunciatus* a quien una persona confía el encargo de comunicar a otros su propia declaración; éste es un simple órgano de transmisión de la declaración ajena, un instrumento cómodo equiparable a otro medio cualquiera material de que nos servimos para comunicar a distancia nuestra voluntad, como el correo o el telégrafo (1). Precisa, pues, para que haya representación, que se dé en la voluntad misma la sustitución de una persona por otra, de modo que sea la voluntad propia del representante la que actúa y no la del representado; la voluntad que el primero declara es la suya propia, con el efecto particular de ser considerada como voluntad del segundo.

La representación puede, por tanto, definirse como la institución, merced a la cual una persona realiza un acto jurídico en lugar de otra con la intención de que el acto valga como realizado por ésta y produzca en realidad sus efectos en la misma. El querer que la declaración propia valga como declaración de otro

verträgen, 1852; Ihering, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* (Jahrb. f. d. Dogm. I, 1857, pág. 273, II, 1858, pág. 67 y siguientes); Hellmann, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäfte*, 1882; Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885; Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht* (Ihering's Jahrb. XXXVI, pág. 113 y siguientes); Schliemann, *Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung*, (Zeitschr. f. ges. Handelsr., XVI, pág. 1 y siguientes); Curzius, *Die Stellvertretung bei Eingehung von verträgen* (Arch. f. civ. Pr., LVIII, pág. 69 y siguientes); Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung iusbes bei oblig. verträgen*, 1899; Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti* (Arch. giur., XLIV, 1890, pág. 421 y siguientes. XLVI, 1891, pág. 107 y siguientes); Nattini, *La dottrina gen. della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910; Pacchioni, *La Teorie moderne sulla rappresentanza* (en Baudry-Lacantinerie, *Contratti aleatori*, pág. 755).

(1) Para la doctrina del representante, ver Carboni, *Sul concetto di nunciatus* (Studi per Chironi, I) y en la Corte d'appello, XVII, 1916, pág. 33. Capocci, *Nuncio* (en *Diz. prat. di Dir. priv.*).

implica que aquel que la hace obre, no solamente por cuenta y en interés ajenos, sino también en nombre de otro; solamente así es posible que el negocio surja como realizado por el representado mismo y que todos sus efectos se produzcan exclusiva y directamente en la persona de éste, sin que el declarante sea partícipe de ellos. Lo cual no sucede cuando alguien obra en interés de otro, pero no en su nombre; el obrar en interés ajeno, pero en nombre propio, implica que todos los efectos se produzcan en la persona del que obra y que se deba, por consiguiente, sobre la base de la relación interna entre ambos, recurrir a un ulterior acto jurídico para injertar en la persona del representado los derechos y las obligaciones creados entre el representante y los terceros.

No es ésta verdadera representación, ya que en la verdadera el representado por sí solo resulta vinculado con los terceros, sin que haya necesidad de actuación alguna para transferir a él los derechos y las obligaciones producidas por la declaración del representante. Si se la quiere designar con el mismo nombre, debe ser llamada representación indirecta para diferenciarla de la verdadera y propia.

La facultad de concluir por otros un negocio y, por consiguiente, el poder de representación, puede derivar de diversas causas, que pueden reducirse a dos: la ley y la voluntad del particular.

Legal es la representación de las personas que, en virtud de un particular oficio o de un poder familiar, actúan en lugar de los incapaces o por cuenta de los entes colectivos; por ley, en efecto, corresponde un tal poder al Presidente de un colegio, al Administrador de una persona jurídica, al padre, respecto del hijo sometido a la patria potestad, al tutor, respecto del pupilo o del sujeto a interdicción. No hay, sin embargo, representación cuando la ley requiere la intervención o asistencia de una persona en funciones de otra física incapaz; cuando se trate de personas parcialmente incapaces, la voluntad de quien presta asistencia no sustituye a la voluntad del otro, sino que se añade para integrarla, de modo que no constituye representación, por ejemplo, la asistencia del curador al inhabilitado.

Voluntaria es la representación por la que alguien confía a otro el encargo de realizar por él y en su nombre un acto jurídico (mandato, apoderamiento), o la que sin un precedente encargo alguien emprenda la gestión del negocio (gestión). Cuando se verifica este segundo caso (y a él se equipara el otro en que ha sido conferido un mandato, pero el mandatario ha excedido los límites del mismo), no se puede afirmar que el negocio sea realizado naturalmente por el representado y produzca en él todos sus efectos; sólo virtualmente es un negocio del representado, puesto que depende de la voluntad de éste el hacer o no propios los efectos del acto. La voluntad dirigida a este fin es la *ratificación*, la cual puede ser expresa si consiste en una declaración de aprobación del acto realizado por quien no estaba autorizado, o tácita, si se manifiesta en hechos concluyentes que impliquen tal aprobación. Es, por tanto, un acto unilateral que se realiza sin formalidad alguna y que tiene la virtud de atribuir al declarante los efectos del negocio realizado por el otro como si se hubiese efectuado a base de un mandato previo; es un acto que lo sustituye y tiene por ello eficacia semejante a la del mandato (*ratihabitio mandato comparatur*). De lo que se deduce que el negocio concluído por el gestor o mandatario fuera de los límites de su poder de representación se halla en un estado de «pendencia» hasta que haya intervenido la ratificación, no pudiendo producir sus efectos ni para el interesado, que no ha tomado parte, ni para el gestor, que ha contratado con los terceros en nombre ajeno y no en el propio. Sobrevenida la ratificación, ésta actúa retroactivamente y los efectos del negocio se consideran producidos desde el momento inicial, quedando a salvo los derechos adquiridos antes por los terceros (artículo 1.309) (1) (2).

Lo decisivo en todas estas especies es que aquel que obra se halle autorizado a realizar el acto jurídico por otro y lo realice en nombre de éste. Y la autorización, a su vez, puede ser otor-

(1) Senffert, *Die Lehre von der Ratihabitation der Rechtsgeschäft*, 1868; Polignani, *La dottrina della ratifica*, Napoli, 1869; Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici nel Dir. priv. rom.*, Roma, 1889.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.313 del Código civil español

gada por la ley (personas incapaces) o por el mismo interesado, ya preventivamente, mediante mandato, ya sucesivamente, por ratificación. La autorización representativa no está, sin embargo, siempre y necesariamente inserta en el mandato; puede haber mandato sin representación, como cuando se encarga simplemente declarar la voluntad del mandante o se encomienda a otro un negocio que se realizará en nombre del mandatario (comisionista). Precisamente la comisión comercial (art. 380 del Código de Comercio) no implica representación (1); el comisionista obra en interés del comitente, pero en nombre propio, de modo que las relaciones surgen entre el mismo comisionista y los terceros, siendo extraño en ellas el comitente (2).

Mientras el Derecho romano seguía el principio de que la representación no es admitida sino en casos excepcionales, lo que se explica en parte por el rigor de formas que domina en aquel Derecho, y en parte por la diversa constitución de la sociedad y la especial organización de la familia (3), el Derecho moderno, continuando la tradición canónica (el Derecho canónico admitió y favoreció el principio de que cada uno puede hacer por medio de otros lo que podría por sí mismo), se inspira en un opuesto sistema. Normalmente, es siempre posible que otro realice por nosotros lo que podríamos realizar nosotros mismos, y nada se opone a que a la ajena voluntad sea conferida una determinación productiva de efectos en nuestra esfera jurídica.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código de Comercio español hay comisión con representación (art. 245).

(2) Ver Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, Milano, 1910; Nattini, *Dottrina generale della procura*, pág. 34 y siguientes; Pacchioni, op. cit. y *Elem. di Dir. civ.*, Torino, 1916, pág. 303 y siguientes.

(3) La causa fundamental del limitado desenvolvimiento de la institución en Roma, hay que buscarla en la posibilidad que gozaba el *pater familias* de realizar actos y negocios jurídicos mediante los hijos y los esclavos, instrumento de adquisición para el cabeza de familia. De aquí la antigua regla *Per extraneam personam nihil adquiri potest* (ver Gayo II, § 95). Notabilísimo fué el desarrollo de la institución en Egipto; los papiros greco-egipcios nos han revelado que allí fué conocida y muy aplicada la representación directa, ya en los negocios, ya en los juicios. Ver Wenger *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, 1906; Modica, *Introd. alla papirologia giur.*, pág. 98, Mitteis, *Röm Privatrecht*, I, pág. 230 y siguientes.

Sólo excepcionalmente no es admitida tal delegación de voluntad cuando la naturaleza del acto se oponga a ello o una disposición legal exija una declaración personal. Sucede esto, por regla general, en los derechos de familia, en que se contraen vínculos que influyen en el estado personal y que por esto deben ser queridos por el sujeto. Así, por ejemplo, no puede ser contraído el matrimonio por representación, ni verificarse la emancipación (artículos 94-311) o la adopción (art. 755) (1).

Un aspecto muy importante en la doctrina de la representación voluntaria, olvidado por la mayor parte de los autores, es el problema que surge cuando representado y representante actúen separadamente, realizando para el mismo objeto negocios entre sí contradictorios. Puede ocurrir que el representado, sin haber revocado el mandato, realice el negocio que debía ser realizado por el representante y que lo realice de modo diferente a como lo realizó el representante. Vende, por ejemplo, la misma cosa a una persona diversa, o la vende a la misma persona a quien la ha ofrecido el representante, pero a un precio mayor o menor. ¿Cuál de ambos actos prevalecerá? ¿Cuáles serán los efectos y las responsabilidades del representado y del representante entre sí o de entrambos con relación a los terceros?

El problema es complejo y no puede resolverse con una fórmula sencilla. Se deben aplicar los principios siguientes: la representación no despoja al representado de la facultad de realizar por sí el negocio que debe realizar el representante; las voluntades del representado y del representante deben ser consideradas como una sola, o sea como voluntad del primero; por regla general, el negocio primeramente perfeccionado es el que tendrá eficacia; el otro no puede tenerla porque se ha agotado ya el objeto; el vínculo contraído con el tercero por uno o por otro, contrastando con la situación creada por el primer negocio,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — El art. 87 del Código civil español, autoriza el matrimonio por mandatario a quien se haya conferido poder especial; el italiano sólo lo admite tratándose del matrimonio del Rey o de cualquiera persona de su familia.

El 213 concuerda con el 178 del Código civil español y el 755 con el 670 del Código civil español confirmado, en cuanto la mejora es institución sucesoria, por el art. 830.

originará responsabilidad normalmente del representado, eventualmente del representante, si hubo culpa o error inexcusable; en general, deberá recurrirse a los principios del error.

Más compleja es aún la solución en el caso en que ambos negocios sean contemporáneos, de modo que no pueda funcionar el principio de la prioridad (I).

§ 29.—*La causa en los negocios jurídicos*

Pacifici (Venci); Ist. II, pág. 419; Chironi, Ist. I, § 63 bis; Chironi y Abello, Tratt. I, página 389; Coviello, Man. I, § 130; Crome, Par. gen, § 31; Regelsberger, Pand. I § 167 (2).

El concepto de causa, que el Código menciona solamente refiriéndose a los contratos (artículos I.104, I.119 y I.122), tiene un campo de aplicación más amplio y se extiende a todo negocio jurídico, puesto que de éstos y no solamente de los contratos constituye un elemento esencial. Es, sin embargo, uno de

(1) Ver Riezler, *Konkurrierendes und Kollierendes Handeln des Vertreters und Vertretenen* (Arch. f. civ. Pr., 1906, pág. 372 y siguientes); Scaduto, *Un capitolo della teoria sulla rappresentanza* (*Annali del sem. giur. dell'Univ. di Palermo*, VIII, 1921).

(2) Windscheid, *Zur Lehre des c. Napoleón von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847; Bähr, *Die Anerkennung. als verpflichtungsgrund*, 2.^a ed., 1867; Schlossmann, *Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge*, 1868; Lotmar, *Ueber die causa im röm Recht*, München, 1875; Crome, *Ueber den Begriff der causa bei den Rechtsgeschäften* (*Zeitschr. f. fr. Jur.*, XXI, pág. 558 y siguientes); Stampe, *Das causa-problem. des civilrechts*, Greifswald, 1904; ídem, *Causa und abstracte Geschäfte*, (*Zeitschr. f. ges. Handelsrecht*, LV, 1904, pág. 395 y siguientes); Nlingmüller, *Causa und Schuldversprechen* (*ib.* LVII, 1906, pág. 155 y siguientes); Brini, *Della causa nel neg. giur.*, Parma, 1881; Ferrarini, *La causa negli atti giur.* (en *Note di Dir. civ.*, pág. 67); Venezian, *La causa dei contratti*, Roma, 1892, (ver *Opere giuridiche*, Roma, 1919, I, pág. 347; Milone, *La causa nei negozi giuridici*, (*Filang.* XXIII, 1898, pág. 422; Claps, *Intorno alla teoria della causa e della presupposizione* (*Giur. it.*, 1901, IV, pág. 318); Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto* (*Riv. di Dir. comm.*, 1908, VI, I, pág. 115 y *Scritti geur.* III, pág. 125 y siguientes); Vivante, *L'errore della causa nel contratto* (*Foro it.* 1915, I, pág. 320).

los más discutidos en la moderna teoría del negocio jurídico, en general, y del contrato, en particular (1) (2).

En la serie de las representaciones psíquicas que preceden a toda declaración de voluntad y que determinan la acción humana es siempre posible distinguir la última, que funciona como motivo determinante de la acción de todas las demás que le acompañan. Quien vende, arrienda o dona, obra, o por obtener una contraprestación, el precio de la venta, el canon, en el arrendamiento, o por realizar un acto de liberalidad, desprendiéndose de la cosa propia sin recibir equivalente. Pero el motivo que le impulse a la venta, al arrendamiento, a la donación, puede ser el deseo de satisfacer con el precio una deuda suya, o que no pueda usar él personalmente de la cosa alquilada, o el deseo de remunerar algún servicio. Viceversa, quien compra o toma en arrendamiento, se propone conseguir la cosa o el goce temporal de la misma en compensación del precio o del alquiler que entrega a la otra parte; pero también puede ser inducido a comprar o a tomar en arrendamiento para disfrutar la cosa personalmente o para comerciar con ella, para obtener una ganancia, para trasladarse al lugar en que radica la casa o el fundo comprado o arrendado. En toda la serie de móviles, que se hallan estrechamente ligados entre sí como los eslabones de una cadena, el Derecho toma en consideración sólo el último, el más próximo a la acción, el que la determina, el que sirve objetiva y jurídicamente a justificar el acto, no los otros, más remotos, que han excitado la voluntad proporcionándole ocasión de determinarse, pero que no bastan por sí a determi-

(1) La generalidad de los autores suele hablar de ella con preferencia al ocuparse de la teoría del contrato siguiendo al Código civil francés (artículos 1.108, 1.131 y 1.133) y el nuestro que es una copia de aquel con el añadido del art. 1.121 que no se encuentra en aquel.

En el Código francés el concepto de la causa fué introducido en virtud de las doctrinas de Pothier y de Domat, pero sería erróneo creer que constituye una novedad del Derecho moderno, pues deriva de las doctrinas romanísticas.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.— Véanse artículos 1.261 y 1.275 del Código civil español. En el último se refunde el contenido de los 1.119 y 1.122 del Código italiano.

narla y a justificar el acto; y éstos no los toma en consideración porque carecen, por regla general, de relieve para el Derecho, a no ser que hayan sido incorporados en la misma declaración de la voluntad en forma de modo, condición o supuesto, constituyendo parte integrante de la misma. Pues bien, aquél es la *causa*, es decir, la razón determinante de la voluntad, y para los negocios de contenido patrimonial el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial; éstos son los *motivos*, o sea, las causas impulsivas individuales o subjetivas; aquél la condición esencial de existencia del negocio jurídico, sin el cual la voluntad no sería capaz de producir el efecto que pretende; éstos la razón ocasional y accidental del negocio, la cual, si bien nunca falta como impulso primordial de la voluntad, no tiene importancia alguna para el Derecho. Y si a toda la serie se quiere llamar motivos, aquél será el *motivo próximo*, porque no cambia nunca por ser objetivamente determinado y caracterizado por la naturaleza e intrínseca finalidad del negocio; los otros, los *motivos remotos*, que responden a representaciones psíquicas internas que pueden ser infinitas y variables, como lo son las circunstancias individuales que mueven a los hombres a ligarse en relaciones entre sí.

Aclarado el que los motivos individuales no deben ser confundidos con la causa, la noción de ésta resulta segura y hasta sencilla si en ella se quiere ver el fin práctico que persigue todo negocio. Todo negocio en sí y por sí, es decir, objetivamente considerado, se dirige a un fin económico-jurídico que se destaca de los fines más particulares e individuales del agente, constituyendo su razón de ser. Este fin objetivo es en los negocios de adquisición, no la atribución patrimonial en sí misma (porque nadie puede querer un tal efecto en sí y por sí sin una causa), que no es ni siquiera la razón ocasional e individual (porque los motivos subjetivos no se toman en cuenta), sino la función que objetivamente realiza el negocio, función económica y social, en vista y en protección de la cual el Derecho *reconoce* la voluntad. No basta una simple declaración para que la atribución querida sea sin más protegida por el Derecho; es necesario que concorra, además, una condición objetiva o de hecho reconocida por el

Derecho como causa justificativa de la atribución, de modo que cuando tal causa falte, la atribución no es reconocida por el Derecho. No basta la voluntad de transferir la propiedad de la cosa y el consignar la misma para que la transmisión del dominio se verifique; precisa una relación con otros que valga a justificar la adquisición, y la relación será, según los casos, una compraventa, una donación, un pago, si se transmite la propiedad de la cosa para obtener en compensación el precio, para realizar un acto de liberalidad o para extinguir una deuda. Por eso en los negocios que no revelan por sí la causa, que se presentan sin contenido material, sólo como forma exterior —*traditio*, constitución de un Derecho real, renuncia—, es necesario indagar la causa, que podrá ser *causa donandi, solvendi* o *credendi*.

Causa es, pues, el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; es la función a que el negocio—objetivamente considerado— se dirige, es la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la voluntad de la ley frente a la voluntad privada. De lo que resulta claro (excluidos los negocios abstractos, que no expresan por sí una causa, y por esto mismo capaces de acoger varias y diversas), que todo tipo de negocio tiene por causa propia, correspondiente a la función específica que realiza, una causa que imprime en él carácter y justifica el reconocimiento (1).

A tal doctrina se refiere precisamente la distinción de los negocios jurídicos en *causales* o *materiales* y *abstractos* o *formales*. Que deban todos tener una causa, se deduce del concepto

(1) No obstante esta variedad no es útil reducir las varias especies a categorías generales y a ello se presta la clasificación de los negocios jurídicos en onerosos y gratuitos; la causa en el primer grupo es el cambio de una prestación por otra, en el segundo el espíritu de liberalidad. Según una doctrina difundida entre los civilistas, las causas se resumen en tres categorías, según que se tienda a constituir una obligación a hacer un pago o una liberalidad, es decir, contraprestación o cambio, pago o donación. Otras hablan de cambio, liberalidad y juego. Influye en la concepción a un tiempo demasiado amplia y demasiado restringida, la noción dada por el Código civil de la causa con referencia a los contratos, ver Crome, *Par. gen.*, pág. 290, n. 4; Zacchariae, *Man.* II, pág. 416, n. 2.

mismo de ésta, que, como se ha visto, es un elemento constitutivo del negocio. Pero no todos están con respecto a ella en la misma situación en el sentido de que puede ser diversa la relación entre causa y voluntad.

Hay negocios en los cuales la relación es íntima y fija, apareciendo tan estrechamente unidos ambos elementos, que la voluntad revela sin más la causa; ésta es consubstancial al negocio, que la lleva consigo porque la causa responde a la índole del mismo. Con otras palabras, la voluntad, no sólo no puede formarse más que con la existencia de aquella causa determinada, sino que sin más la revela, y ningún efecto puede producirse cuando la causa falte o sea ilícita. Son éstos los negocios *causales* o *materiales*, como la compraventa o la donación, en que la promesa del precio, en compensación de la cosa, o la obligación de dar una cosa sin contraprestación revelan por sí solas la causa consistente en el cambio de dos prestaciones o en el espíritu de liberalidad (1).

Hay otros, por el contrario, en los que tal relación falta y se presentan como independientes de la causa, y no es que ésta falte sino que como el negocio ni la expresa ni la lleva incorporada en sí, parece que la voluntad por sí sola es suficiente a producir el efecto que persigue debiendo la causa buscarse fuera del negocio en otra relación entre las partes y pudiendo, por tanto, ser varia y diversa según la índole de éste. Tales son los negocios *abstractos* llamados también *formales* porque en ellos debe ser manifestada la voluntad en formas determinadas, a veces solemnes, para que pueda ser idónea a producir el efecto jurídico. Por ello se ha afirmado que la causa se halla sustituida por la forma o que la forma se identifica con la causa, pero esto no es del todo exacto; una causa es también aquí necesaria y es distinta, como elemento esencial de la forma, solo que ésta asume frente a aquélla una función preponderante y hace sin más eficaz

(1) Ver Neubecker, *Dir. abstrakte vertrag in sei nen histor. und dogm., Grundzügen*, (*Arch. f. bürg. Recht*, XXII, 1903, pág. 67; Thur, *Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem G. B. G. (Festschr. f. Schultze*, Leipzig, 1903); Brütt, *Die abstrakte Forderung nach deutsch. Reichsrecht*, Berlín 1908; Stampe, *Das causa problem., Causa und abstrakte geschafte*.

el negocio mientras que la independencia de la voluntad respecto de la causa indica solamente que el negocio no tiene una causa propia y por esto mismo puede tener en concreto una cualquiera, entre las varias posibles. Los ejemplos más característicos los ofrece el Derecho romano con la *stipulatio*, la *mancipatio* y la *in iure cessio* que eran perfectas, apenas eran pronunciadas las palabras de la *sponsio* o cumplidas las formalidades de la venta o del proceso fingidos. En nuestro Derecho lo ofrecen los títulos al portador y más particularmente el contrato de cambio; desvinculada y hecha independientemente de su causa. (Código de Comercio, art. 251), la letra de cambio ofrece al poseeder un título de ejecución rápida que no pueden detener las indagaciones sobre la existencia de la causa ni las excepciones fundadas en el defecto o en los vicios de la misma mientras por su naturaleza de promesa abstracta se presta a los fines prácticos más variados (1).

La diferencia fundamental entre ambos grupos consiste en que en tanto los negocios causales no pueden producir efecto alguno cuando se pruebe la inexistencia o ilicitud de la causa, es decir, que son nulos por defecto o vicio de un elemento esencial, los abstractos producen todos los efectos en todo caso incluso cuando la causa falte o sea ilícita; cuando esto ocurre se dan, sin embargo, remedios particulares de repeticiones y restituciones que sirven para destruir el enriquecimiento injusto producido por el negocio y a restablecer el equilibrio patrimonial.

Contra el concepto de causa no han faltado ni faltan aún hoy objeciones y críticas muy vivas; hay una serie de escritores que

(1) Muchos discuten que la letra de cambio sea un negocio abstracto; ver Vivante, *Dir. comm.*, III, n. 954, pág. 155 y siguientes; Marghieri-Scialoja, *Tratt. Dir. comm.* VI, 1913. pág. 97; La Lumia, *Il c. d. problema della causa nella cambiale*, en *Riv. Dir. comm.*, 1914, XII, pág. 741; *La cambiale e la sua causa*, Palermo, 1910; la afirmación de que existan en nuestro ordenamiento negocios jurídicos abstractos no es indiscutida; Ferrara, *Sul concetto dei negoz. astratti e sul loro giur. riconoscimento* (*Riv. Dir. comm.*, 1904, II, I, pág. 281); *Negocio giur. ilícito*, pág. 301 y siguientes. Son para el Derecho alemán negocios abstractos, el reconocimiento, la remisión de deuda, la promesa de deuda, la delegación, la indicación de pago y otros.

discuten su existencia como elemento separado y distinto, y refiriéndose a los contratos afirman ser inútil el añadir este cuarto requisito propugnando la abolición de los artículos 1.119, 1.122 y del último párrafo del 1.104 (1). La objeción arranca para algunos de la aparente falta de unidad conceptual de la causa, ya que si consiste en los negocios onerosos en la contraprestación prometida o recibida, resulta violento en los gratuitos en que falta una tal contraprestación el tener que recurrir para llenar el vacío a la intención liberal. Y se añade: la causa se identifica en éstos con la voluntad, no es, pues, elemento distinto y por ello alguien ha eliminado la causa de los negocios gratuitos admitiendo solamente su existencia en los onerosos. Más radicales aún se muestran otros (2). Puesto que la doctrina expuesta considera que la causa en los contratos bilaterales radica en las dos prestaciones recíprocas y subjetivamente respecto a cada uno de los contrayentes en la prestación del otro, en los unilaterales a título oneroso en la previa entrega de la cosa o en el hecho realizado precedentemente por la otra parte y en los gratuitos en la intención de beneficiar su objeto que la causa se identifica en los dos primeros grupos con el objeto del contrato, no siendo la prestación prometida o recibida otra cosa que el objeto del contrato y en el tercero se identifica con el consentimiento, pues el espíritu o la intención liberal no es más que la voluntad de donar. De ello se infiere que el concepto de causa es una repetición de los demás elementos.

Las objeciones son infundadas y erróneas. El concepto de causa es unitario no obstante su diversidad de facetas frente a los tipos particulares del negocio; viene dada por la función que éste realiza y la función no puede ser diversa de negocio a negocio sin más que la diversidad del fin práctico que en cada uno se persiga. El haber recibido la cosa para su custodia o para su uso durante un cierto tiempo en el depósito y en el comodato, el

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 1.261 y 1.275 del Código civil español.

(2) Laurent, *Dir. civ.*, XVI, n. 110 y siguientes); Planiol, *Man.* II, número 1.037 y siguientes); Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, n. 321 y siguientes); Giorgi, *Obblig.*, III, núms. 41, 445; Melucci, *Ist.* pág. 363.

cambio de la cosa por el precio en la venta, de dos cosas en la permuta, del goce de la cosa o el aprovechamiento de un trabajo con el canon o alquiler en el arrendamiento, el espíritu de liberalidad en la donación, etc., son los fines prácticos y específicos, las causas que justifican en una y otra parte la adquisición y la pérdida, su variedad no destruye el concepto unitario de la función. Menos exacta es la opinión que sostiene la confusión de la causa con el objeto o con el consentimiento; es causa en el contrato bilateral la relación entre las dos prestaciones, el cambio de un valor por otro o sea la bilateralidad, *no cada prestación en sí; en los gratuitos es causa el espíritu de beneficencia que justifica una atribución patrimonial sin contraprestación y este espíritu de liberalidad, este *animus donandi*, del mismo modo que no se confunde con los motivos individuales (la donación se hace para remunerar un servicio, para captarse la simpatía del donatario, por mera ostentación) así tampoco se confunde ni se identifica con el consentimiento que es independiente y distinto de aquél, pudiendo existir un consentimiento y faltar o ser ilícita la causa de liberalidad.

Las reglas que el Código civil dicta en los artículos 1.119 a 1.122 han creado un equívoco que ha contribuido no poco a obscurecer la noción de causa. El Código, en efecto, habla de la causa, ya en relación con la obligación (art. 1.119) ya en relación con el contrato (art. 1.120); de modo que aparecen confundidas entre sí al parecer la causa de la obligación y la causa del contrato. Pero causa de la obligación es la fuente de donde el vínculo deriva y puesto que entre las fuentes está el contrato, no puede confundirse con éste la causa del contrato. Puede, bajo otro aspecto, hablarse de causa de la obligación considerando, no la relación contractual en su conjunto, sino las especiales obligaciones que para una (unilaterales) o para entrambas partes (bilaterales) nacen del mismo. Suele decirse entonces que, por ejemplo, en la venta es causa la obligación del vendedor de dar la cosa, la obligación del comprador de pagar el precio y viceversa y más brevemente que la causa es para el vendedor el precio y para el comprador la cosa; que en el mutuo es causa de la obligación de restituir que tiene el mutuatario la precedente entrega.

de la suma, etc. Esto no es inexacto pero nos ofrece la causa contemplada, subjetiva y unilateralmente como razón que determina a cada parte a asumir la obligación suya, no la causa en su orgánica unidad objetiva que es la razón (y única razón) para ambas partes; la causa del contrato no es la causa particular de uno u otro de los contratantes sino que está en la esencia de todo el contrato.

§ 30.—*Elementos accidentales del negocio jurídico. Condición*

Brugi, Inst. § 21; Pacifici, Ist. II, pág. 402; Gianturco, Sist. I, §§ 53-58; Chironi, Ist. I, §§ 64-66; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 431; Coviello, Man. I, §§ 132-137; Crome-Par. gen. § 34; Savigny, Sist. III, §§ 116-124; Windscheid, Pand. I, §§ 86-95; Regelsberger, Pand. I §§ 151-156 (1).

La voluntad puede asumir, por virtud de la autonomía que el ordenamiento le reconoce, especiales actitudes, determinándose con modalidades que restrinjan los efectos normales del negocio y hasta excluyan la existencia de éste. Una venta, por ejemplo, es querida por las partes pero solamente en el caso de que se verifique determinado suceso; se presta *fideiussio* pero con duración limitada hasta un cierto día; una donación es hecha con la carga en el donatario de emplear parte de la liberalidad en un fin determinado. En esta y otras semejantes hipótesis, la determinación principal de la voluntad (vender, prestar seguridad, donar) va acompañada de una determinación accesoria que restringe los efectos de aquélla (vendo solo condicionalmente, presto seguridad hasta un cierto día, hago donación imponiendo una carga) y puede afectar incluso a la existencia del negocio en cuanto que es querido sólo en un caso y no en los demás. La voluntad se limita a sí misma introduciendo en el tipo abstracto del negocio elementos nuevos que lo modifican más o menos profundamen-

(1) Monografías de estos elementos accesorios, Scheurl, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, 1871; Enneccerus, *Rechtsgeschäft Bedingung und Anfangstermin*, 1888-9; Borgne, *Contrib. alla dottrina della determinazioni accessorie negli atti giur.*, Cagliari, 1891.

te, elementos que son accidentales respecto al tipo normal, es decir, cuando la voluntad es pura, pero que cuando se emplea se convierten en esenciales en el negocio concreto imprimiéndole un carácter particular.

Estos elementos que pueden ser añadidos por el declarante (salvo en los casos en que el negocio mismo los excluya o la ley no los permita) los llamamos también autolimitaciones de los efectos de los negocios jurídicos o determinaciones accesorias de a voluntad, porque refiriéndose a la voluntad pura que sería suficiente a producir los efectos comunes, se agregan a la determinación fundamental y modifican la normal eficiencia del negocio. Como dijimos ya, los tres más importantes son: la condición, el término y el modo (1).

Condición (2).— Todo acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia o la resolución del negocio jurídico, se llama condición (*condicio*); y también la circunstancia que se agrega a la declaración limitando la existencia del negocio inicial o sucesivamente (art. 1.157) (3). La voluntad se dirige en el negocio jurídico condicionado a una determinada hipótesis en la que sólo el negocio es querido y no en las demás o viceversa (4)

(1) También aquí se pone de manifiesto la falta en el Código del concepto general de negocio jurídico. Estos tres elementos no se tratan unitariamente sino de modo disperso entre las obligaciones, las disposiciones de última voluntad, las donaciones. Así en los artículos 1.157-1.171, se trata de las obligaciones condicionales, en los 1.065-1.068 de la donación condicional; en los artículos 848-850, 852-860 de la condición en los testamentos: del término se trata en los artículos 1.173-1.176 para las obligaciones, en el art. 851 para los testamentos, del modo a propósito de la donación en los artículos 1.051, 1.077-1.080.

(2) Czychlarz, *Zur Lehre von der Resolutiobedingung*, 1871; Wendt, *Die Lehre von bedingten Rechtsgeschäft*, 1872; Schulin, *Ueber Resolutiobedingung und Endtermine*, 1875; Adickes, *Zur Lehre von den Bedingungen*, 1876; Missir, *Die Resolutiobedingung und ihre Wirkung*, 1879; Folchieri, *Della causalità giuridica. Appunti sulle nozioni di causa e condizione*, Napoli 1915.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver art. 1.113 del Código civil español.

(4) La declaración de la voluntad puede ser formulada de modo que se dude si las partes hayan querido someter el negocio a condición suspensiva o resolutoria, lo cual tiene especial importancia en materia de riesgo (ver Polacco, *Obbligazioni*, 2.^a ed. I, pág. 238 y siguientes). No pu-

y se dirige a ella de modo que tal hipótesis, identificada como un hecho objetivamente incierto, determina el producirse el efecto jurídico querido o la cesación o anulación de los efectos producidos (1).

Especies.—La primera y fundamental distinción que se ofrece, es la de condiciones que suspenden el perfeccionamiento del negocio jurídico en cuanto del hecho previsto depende la constitución de la relación (condición suspensiva art. 1.158) y condiciones que tienden a resolver el negocio constituido en cuanto que la eficacia de éste cesa, y cesa retroactivamente cuando el hecho se verifica (condición resolutoria, art. 1.158) (2) (3).

Ya sea suspensiva o resolutoria, la voluntad en el negocio condicional, no es la conjunción de dos momentos volitivos opuestos o de dos voluntades, una anterior y más amplia y otra posterior y más restringida que anule la precedente; la voluntad es una, puesto que la determinación accesoria forma un todo inseparable con la principal, es una voluntad especialmente formada, un querer y un no querer conjuntos (4). Una separación de los dos momentos volitivos es concebible en abstracto y debe admitirse para explicar el tratamiento especial de la condición;

diendo presumirse el efecto suspensivo o el resolutorio, deberá indagarse la intención de las partes.

(1) Por lo demás, no en todos los negocios jurídicos puede insertarse una condición. Hay algunos que no la sufren (los *actus legitimi* de los romanos, ver fr. 77. D. 50. 17) porque repugna a la naturaleza de la relación el que sea incierta; así, por ejemplo, el matrimonio (art. 95) el reconocimiento de los hijos, la adopción, la tutela, la aceptación de la herencia (art. 929) letra de cambio (art. 266 del Código de Comercio). El agregar una condición determina la nulidad del negocio.

(2) Los romanos no concibieron de este modo la condición resolutoria, pues no concebían que el negocio jurídico llevase en sí, como expresa Ferrini, el germen de la propia destrucción. Todas las condiciones eran para ellos suspensivas y cuando la voluntad se dirigiera a revocar los efectos ya producidos, el negocio se consideraba puro pero con un pacto contrario dirigido a revocarlo y sometido éste mismo a condición de modo que éste suspendía la anulación prevista en el pacto (*negotium purum quod sub. condicione resolvitur*).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerda con el 1.114 del Código civil español.

(4) Ver Windscheid, *Pand.* I, § 86, n. 3. a).

de otro modo no se comprendería cómo la ley puede, por ejemplo, en la condición imposible inserta en un testamento, dar vigor a la voluntad principal y negar eficacia a la condición considerando ésta como no puesta y el negocio puro.

El evento puesto como condición, puede ser el acaecimiento de un hecho o su no acaecimiento: la condición es *positiva* en el primer caso (*si navis ex Asia venerit*), negativa en el segundo (*si servum non manumiseris*). Se realiza si es positiva cuando el hecho se ha verificado: si negativa en tanto el suceso previsto no se verifique. Puesto que el verificarse o no verificarse el hecho puede ir unido a una determinación de tiempo, de modo que no se mire al hecho puro y simple sino en cuanto se verifique o no se verifique dentro de un determinado espacio de tiempo, (*si navis intra certum tempus ex Asia venerit, si servum ante kalendas Ianuarias non manumiseris*), la condición positiva cuyo cumplimiento podría todavía esperarse sin esta exigencia temporal, se cumple solamente si el hecho se verifica en el tiempo previsto (art. 1.167) y viceversa, la condición negativa se entiende cumplida cuando el tiempo haya transcurrido sin que se haya verificado el hecho, pues en otro caso, pudiendo verificarse en todo tiempo se entenderá cumplida sólo cuando se tenga la certeza de que el hecho no se realizara (art. 1.158) (1).

A su vez, el hecho positivo o negativo puede depender de la voluntad que ha emitido la declaración o de causas ajenas a esa voluntad como es el *casus* o la voluntad de un tercero y también de la voluntad del declarante y de causas ajenas a un mismo tiempo (art. 1.159).

La condición se llama potestativa en la primera hipótesis (*si Capitolium ascenderis, si Alexandriam ieris*), porque el verificarse o no verificarse el hecho se abandona a la voluntad de uno de los sujetos del negocio que debe realizar una acción o una omisión. Es necesario además que el hecho pendiente de su voluntad no se reduzca a la misma determinación volitiva de modo que se fije como condición la voluntad misma y menos el negocio (*si volam*); una condición de esta naturaleza negaría absoluta-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda con los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil español.

mente la voluntad principal y por ello sería obstáculo a la creación de un negocio cualquiera, incluso condicional (art. 1.162) (1) (2). *Casual* es en la segunda hipótesis, no hallándose en las facultades del declarante el verificarse o no de la condición (*si navis ex Asia venerit, si Titius decem dedorit*). En la tercera, la condición se llama mixta porque por sí sola no bastarían la naturaleza o la voluntad de un tercero a producir el hecho sino que se necesita también el concurso de la voluntad de una de las partes (*si consul factus fueris, si Maeviae nupseris*).

Cualquiera que sea el hecho y de quien quiera que dependa debe ser siempre futuro, incierto, posible y arbitrariamente querido por el declarante. Son estos los elementos que determinan la objetiva incerteza en que consiste, la esencia misma del negocio condicional; por eso con razón la doctrina llama impropias las condiciones que no reúnen los citados requisitos.

Falta la incerteza objetiva cuando el hecho pertenece al pasado o al presente (*si Titius consul fuit, si Maevius vivit*); hay sólo una incerteza subjetiva que por sí no basta a suspender el momento de la perfección del negocio, porque ningún elemento falta en el momento en que la voluntad es declarada.

Por ello el efecto propio de la condición de presente o de pretérito es que el negocio se perfecciona inmediatamente si el hecho deducido en condición existe, y no se perfecciona si es inexistente.

Falta, igualmente, la incerteza en la condición, que se refiere a hechos que necesariamente deben verificarse (*si Titius morietur*). La condición necesaria (*quae omnimodo extitura est*) es sólo aparentemente una condición, y por eso debe ser considerada como negocio puro, a no ser que pueda y deba darse a la cláusula el valor de un término. ^{ju}

No se tiene condición t.^{str} poco si el hecho condicional es el

(1) Lo mismo debe decirse si el hecho consiste en una acción o en una abstención que no cuesta sacrificio alguno, en un acto que se realiza o no indiferentemente. Por el nulo sacrificio que implican o por carecer de interés para la otra parte equivalen a dejar al arbitrio del declarante la constitución de la relación jurídica.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver art. 1.115 del Código civil español.

presupuesto necesario para la existencia del negocio jurídico, es decir, si se expresa como condición lo que el ordenamiento jurídico presupone ya y exige para dar eficacia a la voluntad. Así, por ejemplo, si una constitución de dote se estipula bajo la condición *si nuptiae fuerint secutae*, o se hace un legado a condición de que el legatario sobreviva al testador. Son condiciones que no vienen fijadas por la voluntad del declarante, sino que son inherentes a la declaración (*condiciones extrinsecus venientes quae tacite insunt*), porque es el derecho mismo quien los fija. Son llamadas también *condiciones iuris*, en contraposición a las otras que se llaman *condiciones facti* (ya se ponga como condición una circunstancia de hecho o de derecho) (1).

El expresarlas, pues, no añade ni quita nada al negocio; nada en ellas se halla en suspenso o es incierto que dependa de la libre voluntad del declarante, porque si la incerteza, existe es natural consecuencia del acto mismo.

Además, debe ser posible, y puesto que la posibilidad es física o jurídica, son condiciones impropias, tanto las condiciones físicamente imposibles (*si digito caelum tetigeris*) como las imposibles jurídicamente (*si forum aut basilicam vendiderit*); que la imposibilidad sea absoluta (el hecho objetivamente no es realizable) o solamente relativa (el hecho puede realizarse, pero no en una tal relación) no interesa, con tal que no sea meramente transitoria de modo que hubiera podido preverse una futura posibilidad. Desde el punto de vista lógico debiera decirse que quien quiere un efecto bajo condición de que se produzca un hecho irrealizable, manifiesta que no quiere el efecto; y la consecuencia debiera ser la absoluta nulidad del negocio. Pero el ordenamiento no aplica de modo riguroso y universal este principio lógico y mientras pronuncia, establece la nulidad del ne-

(1) No faltan escritores que niegan la contraposición de ambas especies: Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlín, 1877, página 11, n. 11. Sobre el concepto de *conditio iures* en las fuentes romanas y su utilización en Derecho procesal, ver Belti, *Per. una costruzione dogm. della consunzione processuale*, Parma, 1919, pág. 14 y siguientes; ver también Scialoja, *Condizione volontaria e condizione legale (Scritti di Diritto priv.)*, Roma, 1906, pág. 3 y siguientes).

gocio cuando la condición haya sido agregada a un acto *inter vivos* (artículos 1.160 y 1.165) dispone, por el contrario, que debe considerarse como no puesta cuando se trata de un acto *mortis causa* (art. 849) (1), de modo que el acto en este caso es plenamente válido; la doctrina suele expresar esto diciendo que la condición en el primer caso *vitiatur et vitiat*, en el segundo *vitiatur sed non vitiat*.

Esta diversidad de la condición imposible deriva al Derecho moderno del romano, en el cual no fué tan absoluta como hoy la distinción entre actos *inter vivos* y los *mortis causa*; no a todos los actos *mortis causa* se aplicaba la regla *condicio impossibilis pro non scripta habetur*, sino solamente a la institución de here-ro, a los legados, a los fideicomisos y a las liberalidades en favor del beneficiado (2).

Limitada en estos confines la regla puede hallar una justificación en favor de las disposiciones testamentarias que contuviesen liberalidades. No hay que olvidar que ya Gayo en su tiempo confesaba que no sabía hallar una explicación satisfactoria, aunque, como Sabiniano, siguiese la teoría de su escuela, que proclamaba precisamente la validez del testamento contra los proculeyanos que mantenían la nulidad del mismo (3). Y aún

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Ver artículos 1.116 y 792 del Código civil español.

(2) Lo han demostrado con agudo análisis de los textos, Buonamici, *Nota al § 10 Inst. II, 14* (*Bull. ist. Dir. rom.*, VIII, pág. 31 y siguientes) y Scialoja, *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti* (*ib.* pág. 36 y siguientes. XIV, pág. 5 y siguientes); ver Manenti, *Sulla regola sabiniana relativa alle condiz. imposs.* (*St. per Scialoja*, I, pág. 391 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 971 y siguientes; Brini *Legatum e impossibilis condizio* (*Atti R. Acc.*, Torino, XLIII, 1907, pág. 714 y siguientes); La Lumia, *Le condiz. ni impossibili e turpi nel testamento romano* (*Circ. giur.*, XLIII, 1912, pág. 144 y siguientes). En cuanto a la aplicación de la regla sabiniana a las donaciones, ver Vassalli, *Un testo romano risigoto sulle condiz. imp. e turpi* (en *Miscell. critica di Dir. rom.*, III, Roma, 1907, pág. 45 y siguientes; éste sostiene que el art. 900 del Código civil francés por el que la dicha regla se extiende a las donaciones (el Código italiano no la extiende), se enlaza a una tradición jurídica indígena que nos confirma el Breviario de Alarico.

(3) Gayo II, 98, *Item si quis sub condicione stipuletur, quae existere non*

es más difícil dar hoy una explicación suficiente, porque la regla se extiende sin excepción a todos los actos *mortis causa* (1). Se trata, en esencia, de una regla arbitrariamente fijada por la ley en obsequio a la vieja tradición, en parte aplicable, porque declarándose nulo el acto *mortis causa*, éste no podría renovarse, mientras que el acto *inter vivos* podría repetirse.

Pero no hay que creer que deba ciegamente aplicarse en todos los casos; debe indagarse siempre si el haber puesto una condición imposible no depende de la falta absoluta de voluntad o porque ésta no fué seria o porque dimana de persona que no estuviera en su sano juicio, en cuya consideración ejerce decisivo influjo la conciencia que el declarante tuvo de la imposibilidad.

Guarda semejanza con ésta, aunque no sea una condición imposible, la condición *perpleja* cuando se pone como condición un hecho que está en contradicción lógica con lo que se declara querer (*si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto*); aquí la imposibilidad se halla en el contenido mismo de la declaración, que está afectada de un absurdo intrínseco, de modo que el negocio en tal caso es siempre nulo, sin distinguir entre actos entre vivos o a causa de muerte.

A las imposibles se equiparan las condiciones ilícitas y las inmorales, es decir, las contrarias a las leyes o las buenas costumbres (artículos 1.160, 1.065, 849) (2). Ilícita o inmoral es no sólo la que directa y abiertamente se refiere a cosa prohibida

potest velut, si digito caelum tetigerit inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae Scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonee diversitatis ratio reddi potest.

(1) Crome, *Par. gen.* § 54, pág. 314, halla por el contrario lógica la regla. «Este principio de Derecho romano es lógico y consecuente. Su fundamento es considerar existente en modo absoluto y por esto más fuerte que la limitación imposible que se añade, la intención liberal del disponente. La limitación viene degradada por así decirlo y reducida a simple presupuesto inadmisibles».

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — Ver los artículos últimamente citados del Código español.

por la ley o reprobada por las buenas costumbres (*si homicidium feceris, si parentibus suis alimenta non praestiterit, si reliquias meas in mare heres abiciat*) (1), sino también las que indirectamente se refieren a tal fin, (doy a Ticio a condición que tome en mutuo de mi amigo sumas con interés usurario) o que fijan precio al cumplimiento de un deber (hago donación a Mevio a condición de que no cometa adulterio) (2). También estas se consideran como no puestas en los actos *mortis causa*, pero para ellas aportaba el Derecho romano un medio distinto del ofrecido para las imposibles, cumpliéndose la disposición del testador merced a la *remissio* que el Pretor hacía al beneficiado del cumplimiento de la condición (3).

Una especie de las inmorales la constituyen las captatorias,

(1) Es notable en el texto en que se ofrece este ejemplo (fr. 27. D. 28. 7) de condición inmoral la advertencia del jurisconsulto de que se debe indagar si la voluntad del testador que impone al heredero el arrojar al mar su cadáver fuese seria *Sed hoc pius inspiciendum est ne homo qui talem condicionem posuit neque compos mentis esset*. Porque si lo fuese todo, el testamento hubiera sido nulo.

(2) Son infinitas las especies de condiciones en que puede verse la ilicitud o inmoralidad; en general son aquellas que restringen la libertad personal, la facultad de contraer matrimonio, de testar, de ejercer una profesión, profesar una religión, afiliarse a un partido político. En otras se discute si son o no inmorales o ilícitas como la condición *Si non imperit* (contemplada en el art. 850) la condición de viudez (art. 850) de hacerse sacerdote, cohabitar con una persona determinada, residir en un lugar determinado. Pacifici, *Ist.* VI, pág. 315 y siguientes y Venzi, *iur.* 368, n. h. 372, n. i.; Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 989 y siguientes; Ramponi, *La condizioni di celibato e di vedoranza nei teste nei contr.*, Firenze, 1893; *Del giudice, Il matrimonio religioso e la condizione di vedoranza nella legge e nei testamenti* (*Riv. Dir. civ.*, VIII, 1916, pág. 293 y siguientes).

(3) De Ruggiero, *Sul trattamento delle condizioni immorali e contra leges nel Dir. rom.* (*Bull. ist. Dir. rom.*, XVI, pág. 162 y siguientes); ver además sobre las condiciones imposibles e ilícitas, Borgna, *Sulla dottrina delle condizioni*, Cagliari, 1887; Suman, *Favor testamenti*, pág. 84 y siguientes; Demante, *Men. dur. les conditions imposs. ou illicites* (*Rec. de l'Acad. de leg. de Toulouse*, VIII, pág. 163 y siguientes); Reinaud, *Des cond. imposs. illic. ou immor. dans le disp. a titre gratuit*, París, 1879; Bartin, *Theorie des cond. imposs. illic. ou contraires aux mœurs*, París, 1887; Panien, *Theorie gen. des cond. imposs. illicites et immor. dans les liberalites*, Lille, 1899.

con las cuales se tiende a determinar en otras disposiciones de última voluntad en favor de una cierta persona (*si heredem me non feceris tantum dare spondes?*; *Titius heres ento, si me Titius heredem instituat*): una tal condición anula la disposición testamentaria en que se pone (art. 852).

Efectos.—Para conocer qué efectos produce el negocio jurídico condicional, se deben considerar separadamente los tres momentos en que pueda hallarse la condición: pendencia, realización y falta.

a) La condición se halla en pendencia en tanto el hecho no se haya verificado, pero sea posible el que se verifique. Si la condición es suspensiva, la situación jurídica que se produce es algo intermedio entre la inexistencia del negocio y su perfección; no puede decirse que el negocio no haya aún surgido porque existe ya y sólo precisa para conseguir su plena eficacia que el hecho se verifique; pero tampoco puede decirse que los hechos todos que de él derivan hayan sido adquiridos por el titular y que sólo su ejercicio se halla en suspenso, porque la causa de la adquisición (hecho jurídico complejo) está aún en formación. Se da una relación distinta de la que se daría si el negocio fuese puro; una relación cuya esencia la constituye la esperanza de que el hecho se efectúe, y que engendre, no una nueva expectativa, sino un verdadero derecho patrimonialmente apreciable y por esto legalmente protegido. Esta protección se manifiesta: 1) en el vínculo que liga a una de las partes con la otra y en la facultad conferida a una de ellas, al posible titular, de adoptar las medidas conservativas para asegurar su derecho (artículos 1.176, 856, 2.064, 2.091); 2) en el poder del titular de disponer del propio derecho transfiriéndolo a otros o constituyendo derechos nuevos, si bien el acto dispositivo quede sujeto a las condiciones que afectan al primer negocio (ver art. 1.976) (1); 3) en la transmisibilidad del derecho condicional a los herederos del titular. Esta transmisión hereditaria tiene lugar solamente en los actos entre vivos, no en las disposiciones de última voluntad, de modo que si un contrato es condicional y el acreedor muere antes de

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 1.121 y 797 del Código civil y 109 de la ley Hipotecaria.

que se verifique la condición, su crédito pasa al heredero (artículo 1.170); si es condicionado un testamento y el agraciado con él muere antes, la disposición no tiene efecto alguno (artículo 858) (1), salvo que no resulte de la intención del testador que

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Por error de imprenta se cita en el texto italiano el art. 858; el autor se refiere al 853 que concuerda con el 759 del Código civil español. Nótese que mientras el art. 853 citado del Código italiano se refiere concretamente a la condición suspensiva, el 759 del Código español que acabamos de invocar, tiene mayor amplitud puesto que hace referencia a la condición en términos generales. Del examen del art. 799 de nuestro Código, resulta, sin embargo, que la aparente generalidad del art. 759 viene limitada por lo que se refiere a la condición suspensiva que no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que se verifique su cumplimiento.

De la confrontación literal de los dos artículos, resulta una antinomia absolutamente insoluble, como afirman Sánchez Román y Castán. La interpretación literal de los dos artículos conduce a consecuencias absurdas. En efecto, si el art. 799 es la norma específica de la condición suspensiva, el 759 habrá, necesariamente, de referirse a la resolutoria, y así entendidas las cosas será absurdo sostener que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla aunque sobreviva al testador, no transmita derecho alguno a sus herederos porque la institución con condición resolutoria tiene actualidad y existencia precisamente en tanto que la condición no se cumpla y en cuanto este cumplimiento tenga lugar es cuando no se podrá transmitir derecho alguno a los herederos. En la suspensiva, por lo contrario, el derecho no nace hasta que la condición se cumple y si no ha llegado a existir mal podrá transmitirse. Con razón Sánchez Román calificó de desdichado el art. 799.

Entre los diversos intentos para resolver la antinomia hay que destacar uno, muy afortunado, del maestro Clemente de Diego; el art. 799 se refiere—dice—a las condiciones que según la mente del testador suspenden la ejecución de la disposición, no la disposición misma. Se trata de un «término» que ha sido convertido en «condición» por voluntad del testador; y recuerda cómo este artículo es una traducción equivocada del 854 del Código italiano. («La condición que según la voluntad del testador no hace más que suspender la ejecución de la disposición, no impide que el heredero o legatario tengan un derecho adquirido y transmisible a sus herederos aun antes de que la condición se verifique»).

El ilustre jurisconsulto aragonés D. Marceliano Isábal se ocupa del problema, como extensión y profundidad, en reciente trabajo publicado en la *Revista de Derecho privado* (15 de Junio de 1926) llegando a la siguiente solución: la redacción del art. 759 ha sido deficiente; la del 799 equivocada. En el 759 debió agregarse la palabra *suspensiva* que no debió, por las razones expuestas al principio de la nota, ser empleada en el 799. En este artículo no se trata, en realidad, de una condición sino de un término o plazo *ex die o a quo*. Término y condición producen efectos suspensivos pero es distinta la naturaleza de la suspensión. Si hay condición, lo que está en suspenso es el nacimiento del derecho, si hay término, la suspensión se refiere únicamente a la ejecución del derecho que ha nacido ya. Por eso hay transmisión en el término y no la hay en la condición, porque lo que no existe no puede ser transmitido.

la condición deba simplemente suspender la ejecución de la disposición (art. 854) (1); por el contrario, se comprende que no pueda ejercitarse ninguna de las facultades que presuponen ya nacido y perfecto el derecho; así, por ejemplo, no puede el acreedor condicional compensar una deuda ya vencida, y viceversa, corresponde al deudor condicional la *repetitio indebiti* si ha pagado antes de que se verifique la condición.

Si la condición es resolutoria, mientras se halla pendiente el negocio, produce todos los efectos normales, como si fuese puro y simple, pero como al verificarse la condición cesarán los efectos, el interesado en el cumplimiento de la misma, tiene todas aquellas facultades que se han examinado en la hipótesis inversa.

b) Se dice que la condición se ha cumplido cuando se ha verificado el hecho previsto; y más arriba se ha indicado ya cómo se debe entender esto en las condiciones positivas y en las negativas (artículos 1.167 y 1.168) (2). El modo del cumplimiento es una cuestión de hecho en la cual debe mirarse, sobre todo, a lo que las partes hayan querido e intentado (art. 1.166). Pero hay un caso en que, por determinación de la ley, la condición se considera cumplida, no obstante no haberse verificado el hecho, y es que el interesado en que el hecho no se realice lo impida él mismo (art. 1.169).

Aquí, más que una ficción, se da un medio de represión de la conducta antijurídica del interesado, que contra la buena fe, con dolo o con simple culpa, procura librarse del vínculo impi-

(1) Esta diferencia del acto entre vivos y el testamentario deriva del derecho justiniano, el cual exigía solo para las disposiciones de última voluntad que la condición se verificase en vida de la persona en quien había recaído. Es discutido el fundamento de esta regla que es juzgada por el Derecho moderno como una anomalía injustificable; ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, n. 950, n. 11. y, por último, Vassalli, *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali* (Riv. it. per le. Sc. giur., 1915, LVI, pág. 195 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el sentido explicado concuerda el artículo 854 del Código italiano con el 799 del Código español; y los 1.167 y 1.168 de aquél con los 1.117 y 1.118 de éste.

diendo el libre desenvolvimiento del hecho que generaría tal vínculo (1).

La especial virtud de la voluntad condicional estriba en que, realizado el hecho y desaparecida la incertidumbre propia del estado de pendencia, la relación jurídica se purifica, considerándose pura desde el instante en que fué emitida la declaración, no sólo desde aquel en que la condición se realice. Puesto que todo el período intermedio se borra como si no hubiera existido jamás la incerteza, el momento del cumplimiento se liga sin más al inicial en que fué emitida la declaración, lo cual se expresa diciendo que el cumplimiento tiene efecto retroactivo (artículo 1.170) (2). Por consiguiente, si la condición era suspensiva, el negocio se considera creado y sus efectos producidos desde el principio, como si la voluntad no hubiera sido condicional; se confirman los actos de disposición realizados *medio tempore* por el derecho habiente condicional y se anulan los realizados en el mismo período por quien había enajenado condicionalmente. Por el contrario, si la condición era resolutoria, el negocio, no desde su cumplimiento, sino desde el principio, se considera como inexistente; todos los efectos producidos se reputan como jamás verificados y se considera la relación como que no ha existido nunca, y mientras se confirman los actos dispositivos hechos por el enajenante, carecen de eficacia los hechos por el adquirente *sub condicione*. Esta retroactividad no es meramente obligatoria, no lleva consigo una obligación de restituir, de anular, de resarcir el daño; es real, actúa directamente sobre las relaciones creadas y sobre los actos realizados *medio tempore*, restableciendo la situación jurídica tal y como hubiera resultado si el negocio hubiera sido concluído desde el principio puro y simple (3).

(1) Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 955.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerdan el 1.169 y el 1.170 del Código italiano con el 1.119 y 1.120, respectivamente, del Código español.

(3) Sobre la retroactividad ver Fitting, *Ueber den Begriff der Rückgriffung*, 1856; Dusi, *Cenni intorno alla retroattività delle condizioni* (St. per Schupfer, III); Le Loutre, *Etude sur la retroactivité de la condition* (*Riv. trim. de Dr. civ.*, 1907, pág. 753).

Pero en la retroactividad hay siempre una ficción, y como todas las ficciones es ésta incapaz de destruir los hechos que realmente se han creado o de crear los que no existían. Por tanto, si una obligación se ha contraído bajo condición suspensiva y la cosa que constituye su objeto parece antes que aquélla se verifique, la obligación se considera como jamás contraída, cuando la cosa pereció sin culpa del deudor, ya que en el momento de verificarse la condición faltaba un elemento esencial para la existencia del negocio (art. 1.163), mientras que si la cosa pereció por culpa del deudor sub-entra la obligación del resarcimiento (art. 1.161 (1), párrafo 2.º; para el simple deterioro la norma es diversa, párrafos 3.º y 4.º). Por otra parte, si se verificó una enajenación bajo condición resolutoria, los actos de gestión hechos en el intervalo por el adquirente subsisten y son válidos, no pudiendo ser destruidos con una simple ficción y no siendo por lo demás incompatibles con el interés de aquel que deriva su derecho del cumplimiento de la condición, lo cual vale también para el caso inverso de la condición suspensiva.

c) Falta la condición cuando el hecho no se ha verificado o se tiene la certeza de que ya no se verificará. Si es suspensiva, el negocio se considera como jamás existente; si es resolutoria, el negocio continuará produciendo sus efectos y ya producidos se consideran definitivos, habiendo cesado ya la amenaza de su revocación.

§ 31.—*Término o plazo y modo*

Brugi, Ist. § 21; Pacifici, Ist. II, pág. 411; Gianturco, Sist. I, §§ 59-61; Chironi, Ist. I, §§ 67-68; Chironi y Abello, Tratt. I pág. 451; Coviello, Man. I, §§ 138-141; Cromme, Par. gen., §§ 53-56; Savigny, Sist. III, §§ 125-129; Windscheid, Pand. I, §§ 96-100; Regelsberger, Pand. I, §§ 157, 158, 166.

Término (2).—Llámase así el momento en que el negocio jurídico debe comenzar a producir o cesar de producir sus efectos.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 1.122 y 1.123 del Código civil español.

(2) Monografías especiales sobre la materia, ver Lenz, *Zur Lehre von dies nach röm. Recht*, 1858; Schulin, *Ueber Resolutiobedingungen und End-*

Su virtud no estriba como la de la condición en condicionar el nacimiento o la persistencia de la relación, sino solamente en pre-fijar la duración de sus efectos haciéndolos comenzar *desde* un cierto día o durar *hasta* un cierto día. Según esto, distínguense también aquí dos especies fundamentales: el *término inicial* (*dies a quo*) que señala la iniciación de los efectos y el *término final* (*dies ad quem*) que señala su cesación. Hay, por consiguiente, bajo este aspecto un cierto paralelismo entre término y condición, correspondiendo a la condición suspensiva el término inicial, a la resolutoria el final (1); pero su intrínseca diversidad aparece clara si se considera que el negocio con término inicial surge ya en el acto de la declaración y el derecho es ya adquirido, quedando solo en suspenso su ejercicio; que en el negocio con término final nada se destruye cuando el término vence, sino que solamente desde este momento dejará de producir ulteriores efectos de modo que no puede hablarse de retroactividad o de pendencia. La diversidad es también puesta de manifiesto en el art. 1.172, si bien éste considere el término en las obligaciones y solo el inicial el término puesto en las obligaciones difiere de la condición en que no suspende la obligación sino que retarda solamente su ejecución (2) (3).

Requisitos suyos son el ser un momento futuro y (contrariamente a la condición) cierto; cierto; sin embargo no en cuanto al

termine, 1875; Simeon, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*, 1889; Salomón, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*; Ramponi, *La determinazione del tempo nei contratti* (*Arch. giur.*, 1890).

(1) El paralelismo se acentúa en el Derecho justiniano según Vassalli, *Dies vel condicio* (*Bull. ist. Dir. rom.*, 1914, XXVII, pág. 192) que cree advertir en la compilación justiniana el resultado de un movimiento que tiende a aproximar las relaciones suspensivamente condicionadas a las sujetas a término inicial.

(2) Hay negocios que no toleran el término porque el aplazar el ejercicio del derecho o el hacerlo cesar en un momento determinado contrasta con la índole del negocio o del derecho. En general, los que no admiten la condición no admiten tampoco el término. Hay algunos, sin embargo, que sólo no admiten el término como es, por ejemplo, la institución de heredero que no soporta *in dies a quo in dies ad quem* (art. 851).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.125 del Código español.

instante mismo en que llegará sino en cuanto al hecho de que ha de llegar. Cuando, en efecto, sin recurrir al calendario se fije el término (*Kalendis Martis die navitatis*) con referencia a un hecho futuro, dos hipótesis son posibles en abstracto: o que sea incierto respecto a cuando ocurrirá el hecho, siendo seguro que ocurrirá (*cum moriar; cum Titius morietur*) o que sea incierto que el hecho ocurra (*cum Tietius aunorum quathuor decim factus rit*). La escuela, combinando las varias hipótesis de incerteza en el *quando* y en el *an* construye cuatro tipos de término: el *dies certus an et quando* (el 1.º de Enero de 1926, el día de Pascua de 1930) el *dies certus an incertus quando* (el día de mi muerte) el *dies incertus an certus quando* (el día en que serás mayor de edad) *dies incertus an et quando* (el día de tu casamiento) ahora bien, puesto que solo la incerteza en el cuando no condiciona la existencia del negocio, resulta claro que el último tipo de término no es otra cosa que una condición (lo mismo es decir «el día de tu casamiento» que «si contraes matrimonio»); y que el penúltimo en la duda debe interpretarse como condición cuando *aliunde* no resulte que las partes le hayan atribuído el carácter y la eficacia de un término (el día de la mayor edad puede no llegar nunca si la persona muere, pero llega ciertamente si se prescinde de su vida y se adopta aquel hecho como una simple determinación del tiempo) (1).

Además de cierto y futuro, el término debe ser también posible; debe fijarse como principio o fin de la eficacia del negocio

(1) Esto vale en nuestro Derecho lo mismo que en el romano. En el Derecho romano hay además esta regla: que el término simplemente incierto en el cuando (*certus an incertus quando*) es considerado en los testamentos como una condición *dies incertus condicionem in testamento facit* (fr. 75. D. 35. 1) requiriéndose la supervivencia del heredero al momento en que el hecho se verifique. Esta regla no ha sido incorporada al Derecho civil; sobre su fundamento y su alcance, ver Ferrini, *Dies incertus nei legati* (*Aut. giur.*, 1894, pág. 179; *Rend. Ist. Lomb.*, 1894, pág. 782); Da Boistel, *Du dies incertus et de sez effets dans le disp. test.* (*Rev. gen. du Dr.* 1885) Brunetti, *Il dies incertus nelle disp. test.*, Ferenze, 1893; Segré, *Gli effetti del dies incertus quando nelle disp. di ultima volonta* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XVIII, 1895); Maassen, *Ueber die Rechtsregel diés incertus* (*en civ. Erört.*, I, 2. pág. 854).

un momento que pueda llegar; un término puede llegar o no absolutamente porque no exista físicamente (el 380° día del año, el día de la mayor edad de una persona ya muerta) o llegar pero ser inadaptable por hallarse en contradicción con la naturaleza del negocio (el día de la muerte del usufructuario como *dies a quo* en la constitución del usufructo) o por la brevedad del tiempo que se concede para realizar un acto (*hodie Carthagine dare Spondes* si la estipulación se ha hecho en Roma). Frecuentemente el fijar un término imposible da a la determinación accesoria el carácter de una condición; y por otra parte la indagación de la voluntad puede eliminar la imposibilidad reduciéndola a una imposibilidad aparente (el 380° día del año puede interpretarse como el 15° del año siguiente). Cuando esto no ocurre, la fijación de un término imposible hace nulo el negocio (1).

Los efectos del término son como ya se ha dicho, el suspender el ejercicio del derecho o hacer cesar la eficacia del negocio sin que se dé nunca la retroactividad.

Si el término es inicial, no sólo tiene el titular (como en la condición) la facultad de adoptar los oportunos medios de conservación (artículos 856, 1.171, 1.172) (2) sino que se da el cumplimiento por parte del obligado antes de llegar el término, éste no puede repetir aunque haya ignorado la existencia del término (art. 1.174) porque la existencia de la obligación es ya cierta desde ahora y no puede, por tanto, repetirse lo que más tarde hay que entregar. Si el término es final, al vencer, cesa todo ulterior efecto del negocio, y se extinguen también todos los actos que el titular haya realizado en oposición a la limitada duración de su derecho (3).

(1) Ver De Ruggiero, *Il dies impossibilis nei contratti e nei testamenti* (*Bull. ist. rom.*, XV, pág. 5 y siguientes) donde sostengo la existencia en el Derecho romano de una regla análoga a la seguida para las condiciones imposibles.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 805 y 1.129 del Código español. Con el 1.174 del Código italiano el 1.126 del español.

(3) Las demás reglas sobre las obligaciones a término (término, expreso o tácito, fijación en favor del deudor o del acreedor, cesación del beneficio del término, etc.), serán expuestas en la teoría del cumplimiento de la obligación (vol. II, § 73).

Modo (I).—Es este un elemento accesorio propio de los actos de liberalidad, ya sean a causa de muerte, ya *inter vivos*; con él se establece una limitación en la medida de la liberalidad en cuanto que aquél en quien recae una disposición testamentaria (heredero, legatario) o el gratificado con una donación es gravado con determinadas cargas que restringe y aun puede absorber todo el emolumento. *Modus* es, en efecto, una carga que el gratificado con una liberalidad sufre por la voluntad de quien le gratificó y puede consistir en la aplicación de toda o parte de la ventaja patrimonial a un cierto fin, como el efectuar una acción o una omisión en favor del disponente (donante, testador) o de un tercero; («*Centum Titio lego ut mihi monumentum faciat*»; *ut opus aut epulum municipibus faciat*; *ut partem dimidiam Seio restituat*). Su esencia consiste en que el disponente persigue con él un fin que se añade al fin principal del título gratuito y actúa como móvil ulterior del ánimo liberal sin destruirlo y a un mismo tiempo sin condicionarlo a la realización del fin accesorio. De esto se deducen sus notas características por las que se diferencia de todo otro elemento esencial o accesorio del negocio jurídico: 1) como autolimitación de la voluntad es siempre un elemento accesorio arbitrariamente introducido en el negocio por voluntad del disponente y que se distingue netamente de la contraprestación en los negocios a título oneroso; en efecto, por gravosa que sea la carga no asume nunca el carácter de contraprestación que constituye el elemento esencial de aquellos, siendo siempre una limitación de la liberalidad; de lo que resulta la inconciliabilidad del *modus* con los negocios a título oneroso, en los cuales, toda obligación de la otra constituye el contenido de la contraprestación; 2) como móvil agregado y ulterior de la voluntad, el fin no se eleva a causa determinante y exclusiva de la voluntad, ya que no se hace depender el surgir el derecho de la consecución de aquél, el derecho se atribuye inmediata e incondicionalmente si bien con una limitación en su contenido patrimonial; el modo se distingue netamente de la condición porque

(1) Scuto *Il modus nel Dir. civ. it.*, Palermo, 1909; Cottino, *L'ina dempienza del modo nel c. civ. germ.* (*Studi per Chironi*, 1, pág. 95 y siguientes).

ni suspende la atribución patrimonial hasta el cumplimiento de la carga como haría una condición suspensiva, ni produce en caso de incumplimiento la resolución del negocio con efecto retroactivo como produciría una condición resolutoria. A lo sumo puede decirse que es una condición no desarrollada y que aquel estrecho nexo entre la determinación principal y accesoria de la voluntad en el negocio condicional es menos íntimo en el negocio *cum modo*; 3) como obligación impuesta al gratificado y coercible se distingue de un consejo que pueda dar el disponente sobre el empleo de la atribución patrimonial, no es un deseo expresado por el donante o testador, es una voluntad que exige respeto.

El fin que el modo persigue debe ser a un tiempo posible y lícito; si es ilícito o imposible, el *modus* se considera como no puesto y el acto de liberalidad se convierte en puro sin distinguir entre negocios *mortis causa* e *inter vivos*. De esta última circunstancia se deriva que el modo no se regula con una extensión analógica de las reglas de las condiciones imposibles o ilícitas. La cancelación del modo es una consecuencia lógica del carácter accesorio que aquel fin tiene respecto de la intención liberal; la liberalidad resulta salvada en todo caso, excepto en el que conste que sin la carga no hubiera sido hecha, en cuyo caso la disposición es nula (art. 828) (1).

La eficacia del modo resulta de lo dicho un vínculo obligatorio, surge en el agraciado, por virtud de la aceptación que hizo de la liberalidad y puede ser forzado al cumplimiento por el disponente mismo o por su heredero o el tercero a cuyo favor se impuso la carga. Si bien el modo no desenvuelve su eficacia sino desde el momento en que la atribución patrimonial es perfecta, una preventiva aseguración del cumplimiento puede ser exigida pidiendo que el agraciado preste su caución (art. 855). El incumplimiento, por otra parte, puede reprimirse con la acción de revocación; así en la donación modal, en la que el donante puede elegir entre la ejecución de la carga o gravamen y la revocación

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Véanse artículos 797 y 798 del Código civil español.

de la atribución (art. 1.080) (1). La revocación implica la restitución de los bienes, no implica la resolución de los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda.

§ 32.—Ineficacia del negocio jurídico

Brugi, Ist. § 23; Pacifici, Ist. II, pág. 493; Gianturco, Sist. I, §§ 63-64; Chironi, Ist. I § 71; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 491; Coviello, Man. I, §§ 105-110; Crome, Par. gen., §§ 22-32; Savigny, Sist. VI, §§ 202-203; Windscheid, Pand. I, §§ 82-83; Regelsberger, Pand. I, §§ 174-176 (2).

Varias veces se ha hecho referencia a la nulidad e ineficacia del negocio jurídico; el concepto debe ahora ser examinado con más detenimiento. Ante todo conviene advertir que en esta materia de por sí ardua, las dificultades aumentan por la variedad de las expresiones por los autores empleadas y la distinta significación que cada uno atribuye a los términos; se habla de *nulidad*, de *inexistencia jurídica*, de *ineficacia*, de *invalidéz*, de *impugnabilidad*, de *anulabilidad*, de *una nulidad absoluta o relativa*, etcétera. La ley misma peca de imprecisa hablando de nulidad cuando solo de anulabilidad debe hablarse.

Forzada resulta toda tentativa de contraponer la ineficacia a

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver art. 647 del Código español.

(2) Windscheid, *Zur Lehre des Code Nap. über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847; Gradanwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlín, 1887; Mitteis, *Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* (Ihering's Jahrb., XXVIII, pág. 85 y siguientes); Lemke, *Unwirksamkeit* Leipzig, 1908; Goettinger, *Der Begriff. unwirksamkeit in B. G. B.*, Berlín, 1904; Jacobi, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte* (Arch. f. civ. Pr., LXXXVI, pág. 54 y siguientes); Ferrarini, *Rappresentanza e invalidità degli atti giuridici* (en Note di Dir. civ., Módena, 1898, pág. 107 y siguientes); De Pirro, *Sugli articoli 336, 337, 1.311 c. c. in relaz. alla dottrina della nullità degli atti giur.* (Foro it., 1893, pág. 299); Chironi, *L'inesistenza del negozio giur. e la possibilità di sanarlo* (Riv. Dir. comm., 1914, II, página 182); Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 926 y siguientes; Finzi, *Studi sulla nullità del negozio giur.*, Firenze, 1921; Droguoul, *Essai d'une théorie gen. des nullités*, Aix, 1902; Planiol, *Traité I*, núm. 326 y siguientes.

la invalidez queriendo ver en la primera un concepto más amplio que la segunda o simplemente un concepto diverso. Es también inoportuno hablar de inexistencia de acto—entendiéndose inexistencia jurídica ya que no puede negarse que el negocio exista como hecho aunque imperfectamente formado y carente de algún elemento esencial—ya que el acto llamado inexistente es una entidad jurídica que el ordenamiento toma en cuenta, y, por tanto, que produce efectos jurídicos si bien no sean estos los propios del acto válidamente realizado. Seriamente discutida es la diferencia entre inexistencia y nulidad. Solo dos términos tienen una significación bien determinada y precisa por corresponder a ellos dos especies de ineficacia o invalidez del negocio jurídico: nulidad y anulabilidad. Y todos los casos en que el negocio surge imperfecto pueden incluirse en estas dos formas (1).

Son netamente contrapuestas tanto por la causa que produce la imperfección como por los efectos subsiguientes. Cuando se designan como *anulables* los actos de una categoría, no hay necesidad de añadir determinaciones ulteriores a la palabra *nulos* con que se designan los de la otra; el hablar de una nulidad *radical* o *absoluta* presupone el que sean llamados también nulos los actos anulables que es frecuente causa de torcidas interpretaciones como lo es también el hablar de una nulidad propia y de otra impropia.

1. La *nulidad* del acto es la más grave imperfección que no permite que el acto produzca alguno de sus efectos propios; el negocio jurídico es tratado por el ordenamiento como si no hubiese sido realizado y si se dan algunos de los efectos, éstos no son efectos del negocio como tal sino consecuencias de los hechos verificados al realizar el acto nulo (una compraventa inmobiliaria verbalmente concluida no es un contrato de compraventa pero puede producir el efecto de que el comprador sea considerado como un poseedor de buena fe en lo que respec-

(1) Ver Barsanti, *Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti e anullabili* (Arch. giur. 1897, pág. 171 y siguientes, Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'annullabilité des actes juridiques*, Dijon, 1885; Hatemann, *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annullables*, Nancy, 1889.

ta a la adquisición de los frutos y al derecho de retención).

Las causas de nulidad por multiformes y heterogéneas que sean en los casos en que el negocio sea afectado por ellas, pueden reducirse a dos: *a*) o el negocio contradice una disposición de ley de interés público, es decir, preceptos imperativos que no sean derogables por la voluntad privada; por eso son nulos los actos todos que contravengan una prohibición categórica de la ley, que son contrarios al orden público y a las buenas costumbres, que tienden a desviar una norma del fin que persigue, (por ejemplo, un matrimonio contraído entre hermano y hermana o ante un Notario en lugar de serlo ante el oficial del Registro civil, reconocimiento de un hijo adulterino, pacto de no prestar el dolo, una venta con la prohibición impuesta al comprador de enajenar un testamento imponiendo al heredero la conservación de los bienes y su trasmisión a otros después de su muerte); *b*) o bien falta en el negocio uno de los elementos esenciales para su existencia jurídica, uno de los requisitos substanciales como son la declaración de voluntad, la causa, el objeto o un requisito de forma exigido por la ley como elemento esencial del acto (ejemplos, un contrato celebrado por un demente o un infante, una compraventa sin obligación en el comprador de pagar el precio, una promesa de cosa fuera del comercio, una enajenación de inmuebles o un testamento que no hayan sido hechos en forma escrita, una donación que no haya sido hecha en instrumento público).

Se comprende—sentado ya lo anterior—que la nulidad no sea siempre declarada expresamente en la ley (nulidad textual); muy frecuentemente ocurre que no es declarada (nulidad virtual o tácita), debiendo el intérprete deducirla de la naturaleza de la disposición infringida, de los principios generales del derecho y del sistema que el legislador adopta. Especialmente, cuando se trata de causa del segundo orden, no tiene lugar jamás una expresa declaración de nulidad porque no hay necesidad de ello. De que la ley haya expresamente declarado nulos algunos actos (artículos 1.314, 1.056, 1.459, 1.460, 1.461, 1.418) (1), no

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerdan respectivamente con los ar.

puede inferirse que no pueda darse también la nulidad de otros. La regla es que cuando tales principios lleven a considerar nulo el negocio, para excluir la nulidad precisaría una expresa disposición legal.

El acto puede ser nulo todo o en parte, según que el vicio afecte a toda la declaración de la voluntad y a todas las partes del negocio o bien sólo a una cláusula accesoria o parte que no sea principal. En este segundo caso queda a salvo la parte del negocio que no es afectada por el vicio (*utile per inutile non vitiatur*); por el contrario, cae el acto todo si el vicio afecta a un elemento principal o si hay un nexo tan íntimo entre la parte nula y la válida que no pueda considerarse querida la una sin la otra. También frecuentemente es la ley misma la que declara la nulidad parcial; por ejemplo, en la sustitución fideicomisaria es nula la sustitución, pero es válida la institución de heredero o legatario (artículos 900, 1.073); es nula en el contrato de sociedad la cláusula que persiga el hacer común la propiedad de los bienes que los socios adquiriesen por donación o sucesión, pero tal comunidad es válida en otros respectos (art. 1.701) (1). La *fideiussio*, en medida superior a la deuda o en condiciones más graves, es válida solamente en la medida de la obligación principal (art. 1.900). La donación que comprenda bienes presentes y futuros del donante es nula sólo en relación a estos últimos (2) (art. 1.064).

Son nulos los actos por el tiempo que excede a la duración permitida en la ley; ejemplo, el pacto de retroventa establecido por un término mayor de cinco años (art. 1.516), usufructo establecido en favor de una persona jurídica por más de treinta años (art. 518), en los arrendamientos de inmuebles por más de treinta años (art. 1.571) (3).

títulos 1.280, 633, 1.473, 1.271 (párrafo 2.^o), 1.460 y 1.365 del Código civil español.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 900 del Código italiano concuerda con el 786 del español, el 1.073 con el 620 y el 1.701 con el 1.674.

(2) Id.—El 1.900 concuerda con el 1.896 del español y el 1.064 con el 635.

(3) Id.—En el Código civil español se señala un término de cuatro años en defecto de pacto expreso que puede aumentarse hasta diez años. (artículo 1.508).

No siempre, sin embargo, la ley se inspira en el mismo principio, ya que a veces, en lugar de reducir el exceso, la ley declara la nulidad de todo el negocio. Así, por ejemplo, al pactar intereses en cuantía excesiva, la tasa legal debe consignarse por escrito y si falta éste es nula la estipulación y no es debido interés alguno, ni siquiera el legal (art. 1.831) (1).

La nulidad puede afectar al negocio desde el momento mismo en que se constituye (nulidad originaria, donación hecha verbalmente) o puede ser *sucesiva* cuando la causa viene luego de la perfección del negocio (el testador, luego de haber dispuesto de sus bienes, es condenado a presidio) entonces se da una invalidación sucesiva del acto, la cual produce los mismos efectos que si hubiese sido nulo desde el principio (2).

Estos efectos son: α) que el acto nulo no puede crear, modificar ni extinguir la relación jurídica a que se dirigía el declarante (*quod nullum est nullum producit effectum*) (3); β) por esto no

El art. 518 citado en el texto concuerda con el 515 del Código español.

En el Código civil español se puede constituir el arrendamiento por tiempo indefinido.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.-- También en el Código español pueden las partes pactar el tipo de interés (art. 1.755) pero la convención que se establezca resultará limitada por las prescripciones contenidas en la llamada ley de Azcárate sobre nulidad de préstamos usurarios de 23 de Julio de 1908 (art. 1.º).

El derecho español no establece diferencia de tipo de interés según se trate de materia civil o comercial. Cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato, el interés legal es el 5 por 100 anual por disposición expresa de la ley de 2 de Agosto de 1899 que modificó en este punto el párrafo 2.º del art. 1.108 del Código civil. Ahora bien, por razón de la esencia misma de la contratación mercantil, la ley de usura no parece ser de aplicación a los contratos puramente mercantiles y así lo ha proclamado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de Enero de 1911, pero en otras ocasiones ha sostenido un criterio vacilante menos conforme con la naturaleza del acto mercantil.

(2) Ferrini, *L'invalidazione successiva del negoci giuridici* (Arch. giur., N. S. VII, 1901, pág. 201 y siguientes).

(3) ¿Debe exceptuarse el caso en que el hecho que ha determinado la nulidad sea debido a un *error communis*? ¿Aun hoy vale el aforismo *error communis facit ius*? Se sabe que es debido a los comentaristas de la famosa *lex Barbarius Philippus* (fr. 3. D. 1. 14) y sirvió para explicar las decisiones de casos análogos del derecho común (ver Fadda, *Diritto delle persone*, Napoli, 1910, pág. 120). En el derecho moderno la doctrina más rigurosa tiende a negar valor al principio y con razón. La circunstancia

precisa de una especial impugnación de la parte para impedir que produzca consecuencias jurídicas ni de una declaración del Juez ya que la nulidad se produce *ipso jure* y la pronunciación de nulidad tiene función meramente declaratoria; γ) que puede hacer valer la nulidad cualquiera que tenga interés y no solamente una de las partes contra la otra; δ) que con ningún medio es posible sanar la nulidad sin que se pueda hablar de confirmación o convalidación respecto de un acto carente de uno de sus requisitos esenciales o que sea contrario a las disposiciones prohibitivas, ya que aquella puede referirse únicamente a los actos anulables; ni tampoco el transcurso del tiempo serviría a subsanarlo (*quod initium vitiosum est non potest tractu temporis conualescere*, fr. 29. D. 50. 17) (1); no hay otro medio, pues, que no sea el renovarlo, es decir, repetirlo íntegramente eliminando la causa de la imperfección (2). Solo por excepción expresamente establecida en la ley derogando el principio de la no confirmabilidad del acto nulo por vicio de forma (art. 1.310) se admite que puedan convalidarse la donación o el testamento nulos por vicio de forma mediante confirmación o ejecución voluntaria de parte de los herederos o causahabientes del donante o testador (artículo 1.311) (3).

que el error sea común explicará solamente la excusabilidad del error individual en el caso particular y siempre que no recaiga en un requisito legal del negocio; ver Caporali, *Error etc.* (*Diz. pr. Dir. priv.*); Coviello Man. I, § 109, pág. 343; Gabba, *Contr. alla teorie dell'errore* (en *Nuove, questioni di Dir. civ.*, I, pág. 23).

(1) Ver Lutteken, *Erorterung über den Satz Quod ad initio vitiosum est non potest tractus temporis conualescere*, Halle, 1890.

(2) Rocco, *La convalescenza dei negozi giuridici* (*Riv. Dir. comm.* VIII, 1910, parte II, pág. 178 y siguientes); Pacchioni, *ib.* X, 1912, pág. 860 y siguientes.

(3) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 905; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 520 y Finzi, *Studi sulle nullita del negozio giur.* (fasc I, L'art. 1.311 del Código civil), Firenze, 1921. Según este último autor, el artículo no contiene una disposición irracional e inconciliable con los principios sino una norma necesaria y tradicional; en su virtud, la voluntad del testador o donante defectuosa de forma, adquiere vigor y validez por la adhesión del heredero, la cual viene estructurada como una *condicio iuris* respecto a la voluntad del disponente, mientras que en los casos

Puede suceder que el acto nulo como negocio de tipo determinado contenga en sí todos los elementos substanciales y formales de otro; es racional que en tal caso surja y sea válido el negocio en que se dan los elementos requeridos porque de este modo se actúa y se respeta aquel tanto de la voluntad privada que el ordenamiento permite. Hay aquí una *conversión* de un tipo de negocio jurídico en otro; una transformación ya substancial, si el negocio válido es substancialmente diverso y tiene una causa y una estructura completamente diversas de las del nulo (por ejemplo, en una sustitución fideicomisaria se contiene una sustitución vulgar), ya formal si entre el negocio nulo y el válido sólo hay una diferencia de forma, por ejemplo, el testamento secreto nulo puede valer como testamento ológrafo, art. 804; el préstamo marítimo puede valer como mutuo simple (art. 590, Código comm.) (1). En todos los demás casos puede producirse por voluntad de las partes (2).

2. *Anulabilidad* (3) es no sólo una imperfección menos grave del negocio (en el cual existen, se dan todos los elementos esenciales si bien con algún vicio); es también una condición jurídica substancialmente diversa de la nulidad. Para decirlo como Crome (4) es «lo contrapuesto a nulidad, es la que no puede hacerse valer sin una reacción del derecho habiente, ya sea con ac-

de nulidad substancial la acción o excepción correspondientes al heredero se suprimen por la ley con los hechos (confirmación, ratificación, ejecución) por él realizados.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - Véanse artículos 715 del Código civil español y 729 del de Comercio.

(2) Ver Satta, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano, 1903; Ferrara, *Sulla conversioni del neg. giur. processuali* (*St. per Fadde*, I, pág. 223); Fadde y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 930; Fischer, *Konversion un wirksamer Rechtsgeschäfte* (*Festschrift für wach* I, pág. 179 y siguientes); ver también Pacchioni, *Elem. di Dir. civ.*, pág. 296 y siguientes.

(3) Del concepto de anulabilidad conviene distinguir nociones afines pero que poseen esferas de acción diversa, así la *revocabilidad* (artículos 888, 1.081, 1.033 del Código civil) *rescindibilidad* (artículos 1.038, 1.529), *resolubilidad* (artículos 1.079, 1.080, 1.165, 1.235, 1.515); como tentativa de sistematización de la materia puede verse Maroi, *Irrevocabilités* (*Diz. prati di Dir. priv.*).

(4) *Par. gen.*, § 22, pág. 248.

ción, excepción o declaración extrajudicial teniendo por efecto declarar la invalidez ya existente pero hasta entonces ineficaz». El negocio anulable; en efecto, no es ya un negocio que el ordenamiento considere como inexistente; por el contrario, existe y tiene plena eficacia como si no estuviese afectado por vicios hasta que la persona interesada y autorizada por la ley a hacer valer el vicio, provoque con una acción o con una excepción la anulación. La eficacia del negocio se halla, pues, condicionada al no ejercicio del derecho a invocar la invalidez de aquél y no hay en la práctica diferencia alguna entre el acto anulable y el acto plenamente válido cuando el derecho de impugnación no sea ejercitado por quien está autorizado o cuando haya transcurrido el tiempo hábil para el ejercicio de tal derecho. Este fenómeno, por el cual el acto expuesto a la impugnación se purifica del vicio y deviene inatacable (convalidación) es precisamente lo inverso de la nulidad sobrevenida por la cual un acto que nació plenamente válido se convierte en nulo (invalidación).

Las causas de las cuales procede la anulabilidad son: *a*) la capacidad menos plena de quien realiza el acto (menor, sujeto a interdicción, inhabilitado; *b*) inobservancia de las formas prescritas para tutela de los incapaces respecto de los actos que para ellos se realizan y sobre todo la falta o imperfección de las autorizaciones o aprobaciones que ciertos órganos (consejo de familia, Magistrado) deben dar en interés de tales personas; *c*) vicio del consentimiento (violencia, error, dolo).

Pero la ley sólo a determinadas personas atribuye el derecho de invocar la invalidez y provocar la anulación; y la persona a esto autorizada es, por regla general, aquella afectada de incapacidad o cuyo consentimiento fué viciado, o en favor de quien fueron prescritas las formas, o su heredero (art. 1.301) o el que asiste o representa al incapaz (padre que ejerce la patria potestad, tutor, curador). No pueden jamás hacer valer la invalidez ni los terceros, ni aquellos con los cuales haya contratado el incapaz (art. 1.107) excepción hecha del sometido a interdicción por razón de pena, cuya incapacidad pueda oponer cualquiera que tenga interés (art. 1.107).

Mientras el Derecho romano proveía para casos análogos

Con la institución de la *restitutio in integrum* y el antiguo Derecho francés con las *lettres de rescission*, el derecho civil moderno reacciona contra la acción de anulación (art. 1.300, impropriamente llamada acción de nulidad) que es al propio tiempo acción rescisoria y acción de restitución (1). Por ella se pronuncia la ineficacia del acto desde el momento en que se realizó de modo que el acto se considera como si nunca hubiera producido sus efectos; esta declaración obra retroactivamente, destruye las adquisiciones verificadas antes, incluso en relación con los terceros, y obliga a la parte que haya recibido a restituir cuanto le fué prestado. Excepcionalmente, si la anulación se da por incapacidad de la persona (menor sujeto a interdicción, inhabilitado) la demanda de restitución contra ellos no puede exceder la medida del beneficio que estas personas hayan obtenido de la prestación (artículo 1.307).

La seguridad de las relaciones y la firmeza de los derechos exigían que no fuese abierta y amplia la vía de la impugnación. Por esto la ley limitó a un quinquenio el tiempo, dentro del cual puede útilmente ejercitarse la acción para anular un contrato (artículo 1.300) y el quinquenio comienza a contarse desde el día en que ha cesado la incapacidad (mayor edad en el menor, revocación de la interdicción o inhabilitación, extinción de la pena) o ha cesado la causa que producía el vicio del consentimiento (cesación de la violencia, descubrimiento del dolo o del error). Pero puesto que el derecho a la anulación puede hacerse valer también por vía de *excepción* no se aplica a esto el mismo término que para la acción; la *exceptio nullitatis* presumiendo el negocio aún no realizado y la acción que la otra parte dirige a constreñir al cumplimiento, puede ser opuesta siempre en tanto dura la acción (art. 1.302). Se aplica el principio contenido en el aforismo *quoque temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*.

El acto anulable, al contrario del nulo, es capaz de confirmación, puede adquirir validez irrevocable; un medio para darles

(1). Sobre los precedentes históricos, ver Renard, *L'idée d'annulabilité cher les interpr. du Dr. rom. au moyen age*, París; Japiot, *Des nullites en matiere d'acte jur.*, París, 1909.

firmeza definitiva es precisamente el transcurso del quinquenio sin ejercitar la acción. El otro es la confirmación.

Confirmación (1) es la declaración de aquel a quien corresponde el derecho de impugnación de no querer usar de este derecho; es una renuncia a la facultad de pedir la anulación y como tal es un acto unilateral que se perfecciona sólo con la declaración del confirmante. Para que esta obre eficazmente para que sane el defecto, el acto de confirmación debe contener la substancia del negocio anulable, la mención del motivo que lo vicia y la declaración con que se persigue corregir el vicio sobre el cual se fundaría la acción de anulación que se renuncia (artículo 1.309); con esto la ley tiende a evitar toda incerteza sobre el alcance del acto de renuncia y a impedir que por vía de inducciones o conjeturas, el Juez declare la pérdida del derecho de impugnación.

Esta es la confirmación en su forma expresa. Al lado de ésta existe la confirmación tácita, la cual consiste en la voluntaria ejecución del negocio por parte de quien tiene derecho a la anulación. No precisa que sea íntegra y completa la ejecución, basta que se haya realizado en su mayor parte; también aquí es necesario que la tácita manifestación de voluntad no sea dudosa o ambigua y que a más de libre sea hecha con conocimiento de vicio (art. 1.309).

Ya sea expresa, ya tácita, la confirmación tiene la virtud de hacer inimpugnable el negocio y definitivos los efectos ya producidos. No tiene sentido decir que actúa retroactivamente si se considera que los efectos han sido producidos ya válidamente por el negocio anulable en tanto no se pronuncia su anulación; con la confirmación se suprime la posibilidad de destruirlos y esta indestructibilidad (o sea la certeza de que el negocio quedará firme definitivamente) no se da sino en el momento de la con-

(1) De Crescenzo, *La dottrina della conferme e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma sec. il c. c. it.* (Atti R. Acc. di Napoli, 1885; Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici*, Roma, 1889-91; Barassi, *La ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898; Cannada-Bartoli, *La ratifica riguardo alla inesistenza e alla rescindibilita degli atti giuridici*, Napoli, 1885; Fadda y Bensa y Windscheid, Pand. I, pág. 933 y siguientes.

ción. Concibiendo como retroactiva la eficacia de la confirmación, el art. 1.309 declara salvos los derechos de terceros: lo cual quiere decir que si verificado el negocio anulable, el que tiene la facultad de impugnarlo constituye derechos en un tercero sobre supuesto de que el negocio sea anulado, la renuncia que haga aquél de la facultad de anularlo no puede perjudicar los derechos adquiridos por el tercero precisamente por haberlos adquirido antes de la confirmación (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - Véanse artículos 1.302, 1.301, 1.304, 1.310 y 1.311 del Código español. La acción de nulidad sólo dura cuatro años.

CAPÍTULO IX

Influencia del tiempo en las relaciones jurídicas

§ 33.—*Influencia y cómputo del tiempo*

Brugi, Ist. § 27; Pacifici, Ist. II, pág. 530; Gianturco, Sist. I, § 60; Chironi, Ist. §§ 76-77; Coviello, Man. I, § 100; Crome, Par. gen. § 38; Windscheid, Pand. I, §§ 102, 104, 113; Savigny, Sist. IV, §§ 177-201; Regelsberger, Pand. I, §§ 124-127 (1)

La influencia que ejerce el tiempo en las relaciones jurídicas es tan grande como la que ejerce en todas las cosas humanas, y a más de grande es varia. Derechos que no pueden surgir sino en determinadas circunstancias de tiempo; derechos que no pueden tener más que una duración preestablecida, sea ésta fijada por la ley o por la voluntad privada; derechos que no pueden ejercitarse fuera de un cierto tiempo; derechos que se adquieren y derechos que se pierden con el transcurso de un cierto período de tiempo; en estas y otras formas muestra su importancia el elemento tiempo, si bien no es él solo en producir tales efectos, sino que concurren otros, como la conducta de una persona, su inacción en el ejercicio de una facultad, la condición subjetiva de buena fe, la existencia ó inexistencia de un hecho, de una obra, de un signo.

Dar reglas universales sobre cómo la ley trata este importantísimo elemento no es posible por su intrínseca disparidad en cada caso. Hay, sin embargo, algunos principios de carácter ge-

(1) Brinz, *Ueber zeit im Recht*, 1882; Holder, *Die Theorie der Zeitberechnung nach röm Rech*, Gottingen, 1873; Bachhofen, *Zur Lehre von der civ., Berechnungen der zeit* (*Linde's Zeitschr* XVIII, 2); Brugi, *Annus* (en *Enc. giur.*; Fadda y Bensa, *Pand. I*, págs. 1055-1071.

tos y momentos diversos), sino porque siendo la tutela judicial una nota inmanente y esencial del derecho, perdida aquélla se pierde también éste. El mismo Código habla de prescripción del derecho (ver artículos 44, 515, 666, 2.030) (1), dando a entender cómo ambos conceptos coinciden. La supervivencia del derecho a su tutela, es decir, a la acción, carecería de fin y utilidad prácticos, puesto que no podría hacerse valer. El ejemplo mismo, que es elocuente para el Derecho romano, el de las obligaciones cuya acción se haya extinguido por prescripción y que por ello se transforman en obligaciones naturales, no vale en nuestro derecho, pues incluso aquellos que admiten en él la existencia de obligaciones naturales (y nosotros figuramos entre ellos) excluyen que tal fenómeno pueda darse en el derecho moderno.

Comienzo y duración de la prescripción.—Antes de que haya nacido la acción conferida para tutela de un derecho no puede hablarse de extinción por prescripción *actioni nondum natae non praescribitur*; en efecto, reposando la prescripción sobre un estado de hecho no conforme al derecho, y no obstante no eliminado o removido por quien tiene la facultad, se debe contar el tiempo, no desde el momento en que aquel estado se ocasionó, sino desde aquel en que se podía actuar para removerlo o eliminarlo; desde este momento se debe comenzar a contar el tiempo que la ley exige para que aquel estado se convierta en irrevocable por perder la acción quien podía ejercitarla. Con esto queda sin más resuelta la cuestión de si el comienzo de la prescripción deba situarse en el momento en que fué causada la lesión del derecho ajeno o en aquel en que, sin haber lesión, podía ejercitarse el derecho. Debe ser resuelta en el segundo sentido, pero entendiéndose que la posibilidad de ejercitar la acción presuponga un estado de hecho contrario al derecho. No precisa, en otros términos, que haya siempre una lesión específica del derecho ajeno, sino que es necesario que el estado de hecho, que inci-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículos 197, 513, 546 y 1.974 del Código civil español. Es de notar la mayor extensión que tiene en materia de servidumbres la prescripción extintiva, pues mientras la adquisitiva sólo se refiere a las servidumbres continuas y aparentes (artículos 537 y 539) la extintiva es de aplicación a todas (art. 546, núm. 2.º)

cuanto a los primeros, cada uno tiene su propia duración, según el calendario. Y, por tanto, si un término de meses o años se inicia en un momento intermedio del mes o del año, el cómputo se hace, no contando los días a partir del inicial (puesto que, dada la diversidad de duración de los doce meses, faltaría una medida fija y uniforme), sino pasando de la fecha inicial a la correspondiente del mes en que el término vence (dentro de un mes, a partir del 15 de Febrero, significa que el término vence el 15 de Marzo), de modo que el espacio de tiempo podrá ser, según los casos, de treinta y uno, de treinta, de veintiocho días, según el mes en que comienza, y de veintinueve días, si el año es bisiesto, y el año podrá constar de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días. Es la computación llamada *Ex nominatione dierum, ex computatione*. Sólo para la prescripción se establece la regla excepcional de que si se fija y cumple el plazo en meses éstos se computan de treinta días (art. 2.133).

Dado el sistema de la computación civil, es claro que no tomando en cuenta las fracciones de un día, un término se alarga o se acorta con relación al que resultaría del cómputo natural, según que entre en el cómputo o no el día inicial.

Lo mismo debe decirse del día del vencimiento, pudiendo concebirse que el último día del término valga como entero apenas comenzado (*dies coeptus pro completo habetur*), o que sea necesario esperar el íntegro transcurso para que pueda considerarse el término vencido.

En cuanto al *dies* inicial, la regla (no establecida expresamente en el Código, sino universalmente aceptada por la tradición histórica) es que no entra en el cómputo, de modo que el término no empezará a correr sino a partir del día siguiente (*dies a quo non computatur in termino*). Una aplicación de este principio es la norma del art. 43 (1) del Código de procedimiento civil y del 121 del Código de procedimiento penal. En cuanto al *dies* final, no vale para nosotros la regla romana *dies ultimus coeptus pro completo habetur*, sino que debe transcurrir íntegro para que el término pueda considerarse vencido, lo cual vale

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Véase art. 303 de la ley de Enjuiciamiento civil.

tanto como decir que el *dies* final va computado en el término, como (aplicando el principio a la prescripción) lo establece el art. 2.134 (1).

Una manera especial de presentarse el tiempo y ejercer su influjo es la forma *inmemorial* (2). Aquí no son posibles los cómputos porque no se da una duración determinada de tiempo, sino una *vetustas*, un tiempo indeterminado y larguísimo cuya iniciación o comienzo no puede ser establecida, que transcurre sobre un estado de hecho que se mantiene por toda su duración constante e inmutado. Cuando un estado de hecho dure tan largo espacio de tiempo que no pueda fijarse su iniciación, se suele hablar de inmemorial o *ab immemorabili* como de un factor que valga a consolidar y hacer inatacable tal estado, aunque no pueda ser demostrada la legitimidad del derecho que del mismo dimana. El pensamiento recurre a la prescripción como modo de adquisición y pérdida de los derechos y se habla muy frecuentemente de prescripción inmemorial. Más que prescripción es un subrogado de la misma, un motivo de inatacabilidad del estado de hecho presente, en cuanto es conforme con el estado de hecho de siempre y de todos conocido; medio que funciona cuando la prescripción no puede funcionar. Su esencia—según la concepción germánica—es no fundar una adquisición merced al transcurso del tiempo, sino crear una presunción de legitimidad, es decir, de conformidad del estado de hecho con el derecho objetivo, cuando la antigüedad de aquél imposibilite o dificulte extraordinariamente el hallar el título constitutivo del derecho ni se pueda probar si el título existía o era legítimo.

La institución de la inmemorial no ha sido acogida en nuestro sistema; como prescripción adquisitiva, no valdría el tiempo,

(1) Un desarrollo de la materia más amplio es objeto de las doctrinas procesales civiles.

Ha perdido toda importancia la distinción romana de *tempus continuum* y *tempus utile* de la cual se hallan frecuentes aplicaciones en las fuentes (fr. 1. § 7-10 D. 49, 4; 2. D. 38, 15; 1. D. 44. 3. etc.), en el Derecho moderno se calcula el tiempo de un modo continuo sin exclusión de los días festivos (excepción artículos 288-296 del Código de Comercio).

(2) Schupfer, *Ab. immemorabili* (en *Dig. it.*).

por largo que fuese, a hacer adquirir con la posesión una cosa demanial (art. 2.113), una servidumbre discontinua o continua no aparente (art. 630), para las cuales no sirve la prescripción de treinta años; y tampoco como presunción de legitimidad puede decirse que se halle admitida. Pero esto no excluye que aun hoy puede invocarse útilmente cuando la *vetustas* de un actual estado de hecho dé éste como establecido ya en un período de las legislaciones anteriores en que a la inmemorial se le atribuía eficacia en una u otra función (1).

§ 34.—*Prescripción extintiva y caducidad*

Brugi, Ist. § 34; Pacifici, Ist. II, págs. 576, 580; Chironi, Ist. I, §§ 105-110; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 684; Coviello, Man. I, §§ 142-150; Cromé, Par. gen. §§ 38-43; Savigny, Sist. V, §§ 237-255; Windscheid, Pand. I, §§ 105-112; Regelsberger, Pand. I, §§ 181-187 (2).

Concepto y fundamento de la prescripción.—Decíamos que el tiempo, con el concurso de otros factores, puede funcionar como causa de adquisición o de pérdida de los derechos. Funcionando así da lugar a la institución de la prescripción extintiva o adquisitiva. El fenómeno común a ambas es que el tiempo, concurriendo con otros elementos, puede producir la extinción de un derecho como consecuencia de la inercia del titular, prolongada por un cierto tiempo, o la adquisición de un derecho en quien se haya puesto en relación con la cosa ajena y se mantenga en ella por un cierto tiempo. En otros respectos ambas instituciones son netamente distintas, e impropriamente el Código agrupa

(1) He aquí por qué la adquisición de un agua demanial, por ejemplo, no podría haber lugar por la posesión de parte del privado pero sería defendido el goce de un agua demanial que se remonte a un tiempo en que regía la inmemorial.

(2) Unterholzner, *Ausf. Entwicklung der ges. Verjährungslehre*, Leipzig, 1858; Grawein, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880; Mirabelli, *Della prescrizione*, Napoli, 1893; Pugliese, *La prescrizione estintiva*, 3.^a ed., Turín, 1914; Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, páginas 1.071-1.156; Baudry Lacantinerie y Fissier, *Della prescrizione (trat. it. de Segré)* Milano; Modica, *Teorie della decadenza*; Torino, 1906.

a ambas en una misma definición (art. 2.105): «La prescripción es el medio por el cual, con el transcurso del tiempo y en determinadas condiciones, alguien adquiere un derecho o se libera de una obligación». Imperfecta es también bajo otro aspecto la definición: mientras la adquisitiva aparece aplicable a todos los derechos, la extintiva parece limitarse sólo a los de crédito; y es lo contrario lo que sucede, pues mientras la primera es sólo modo de adquirir los derechos reales (y no todos), la segunda es causa de extinción de todos los derechos, de todas las acciones, y no sólo de los que derivan de obligaciones. Precisamente por esto debemos aquí limitarnos a la prescripción extintiva; de la otra nos ocuparemos al tratar de los derechos reales, de los cuales es peculiar (1).

Es clara la justificación de que el tiempo produzca este efecto extintivo de un derecho: el ordenamiento no tutela a quien no ejercita su derecho y manifiesta, despreciándolo, no quererlo conservar; mientras, es interés del orden social que luego de un cierto tiempo se elimine toda incerteza en las relaciones jurídicas y se suprima la posibilidad de litigios y controversias. Esto no implica que los derechos patrimoniales y no patrimoniales no puedan perdurar más allá de los términos que la ley señala para la prescripción y hasta por tiempo indefinido; hay derechos perpetuos por naturaleza, como el dominio; otros que duran en tanto dure una cierta relación con las personas o las cosas, y, por tanto, pueden mantenerse en vida por un tiempo larguísimo, merced a su ejercicio, si son prescriptibles y aun sin ejercicio.

Objeto.—No todos los derechos son lo mismo para esta causa de extinción. Hay algunos que son imprescriptibles.

Figuran aquí en primera línea los derechos que se refieren al estado y la capacidad de las personas; como no son susceptibles de ser enajenados, tampoco pueden perderse por prescrip-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR —El art. 2.105 del Código italiano concuerda con el 1.930 del español, pero éste no es acreedor a la crítica que hace el autor del 2.105 citado, ya que en el nuestro se trata la extintiva con toda su amplitud y la adquisitiva se refiere a la adquisición del dominio y demás derechos reales. La extensión que a ésta se da no es rigurosamente exacta.

ción porque no son cosas comerciables (art. 2.113; ver 177) (1). Por otro motivo no se aplica la prescripción al derecho de propiedad; éste es un derecho por naturaleza perpetuo, y el no uso de su derecho por el propietario es una manifestación del señoría suyo sobre la cosa. Puede perderse el dominio cuando al no uso del propietario se añade el uso por un tercero; en tal caso opera la prescripción adquisitiva, que hace adquirir al poseedor la propiedad de la cosa ajena, y sólo a consecuencia de tal adquisición se verifica la pérdida correspondiente; no funciona, como se ve, la prescripción extintiva, que por esto resulta sin efecto cuando falta la posesión de un tercero (2). Imprescriptibles son también los derechos facultativos (3). Son éstos las facultades que al titular de un derecho complejo corresponden como consecuencia del derecho mismo, es decir, son manifestaciones del derecho que actúan su contenido sin agotarlo; así, la facultad de edificar en el propio terreno, pedir la división de la cosa común, la de ejercer una industria, que corresponden, respectivamente, al propietario, al condómino y a todo hombre libre, como consecuencia del derecho de propiedad y de libertad. Ahora bien; como estas manifestaciones, en concreto, pueden darse o no darse, y cuando no se dan en esta misma omisión hay que advertir una forma de ejercicio (si bien por la abstención negativa), no es admisible que puedan perderse por prescripción, porque nada se actúa con la abstención que resulte en contradicción con el derecho; pueden perderse sólo cuando un tercero haya adquirido un de-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.936 del Código civil español.

(2) En este respecto, el derecho moderno se enlaza con el antejustiniano que no conoció la prescripción extintiva de la *rei vindicatio*. En cuanto la figura especial creada por Justiniano de prescripción simplemente extintiva a favor del poseedor de treinta años, ver Ascoli, *Prescrizione estintiva e reivindicatio* (*Studi per Scialoja*, I, pág. 473 y siguientes). En nuestro derecho no hay posibilidad de extinción de un derecho por prescripción sin que lo adquiriera un tercero: creer lo contrario equivaldría a no reconocer la finalidad de la prescripción en cuanto que la cosa cuya propiedad se perdiera, caería en la condición de *res nullius* (Coviello, *Nature del possesso dell alienante* en *Studi per Scialoja* I, pág. 319 y siguientes).

(3) Bolchini, *I Diritti facoltativi e la prescrizione*, Torino, 1899.

recho contrario, que supone una limitación del derecho complejo ajeno, cuyo goce implica la necesaria y perpetua abstención de tal facultad (adquisición de una servidumbre de vista o de paso sobre el fundo no edificado, usucapión de la propiedad integral y exclusiva por parte de un copropietario). Cuando se afirma *in facultativis non datur praescriptio* aquellas de las cuales se habla, son facultades legales las verdaderas *res merae facultatis*, ya deriven de la ley o de la naturaleza del derecho; a las facultades convencionales no se aplica porque éstas constituyen un derecho independiente *per se estante* (facultad de abrir una vista concedida por un vecino a otro), cuyo no ejercicio implica efectivo abandono.

También de las excepciones suele decirse que son imprescriptibles, en contraposición a las acciones, que se hallan siempre sujetas a prescripción *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*. La máxima no debe aplicarse sino a aquellas que no son más que puras defensas o contradicciones, con relación a la demanda actora; es claro que tal defensa no puede usarse sino cuando con la acción se promueve el ataque, y es muy natural que la defensa dure cuanto dura la acción y que no pueda sobrevivir a ésta. Por el contrario, se refiere a los casos en que la persona puede tutelar su derecho, lo mismo con una acción que con una excepción, y significa que cuando no exista posibilidad de ataque por prescripción de la acción no se pierde la tutela del derecho que pueda ejercerse mediante excepción; es decir, que resulta el derecho protegido en todo tiempo, aunque lo sea mediante una excepción, cuando la acción se haya extinguido por prescripción. Un caso de aplicación de tal principio lo ofrece el Código en el art. 1.302 (1), según el cual, mientras la acción de anulación o rescisión de un contrato celebrado por un incapaz o viciado de error, dolo o violencia se pierde por el transcurso de cinco años, la excepción correspondiente le sobrevive y puede siempre ser opuesta, no obstante haber transcurrido los cinco años por aquel que sea demandado para la ejecu-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Este artículo, como afirma el autor, es una excepción al principio general y no tiene concordancia en el Código español.

ción del contrato. Si un contrato no ha sido ejecutado y la persona autorizada por la ley para pedir la anulación ha dejado transcurrir los cinco años sin actuar para conseguirla, puesto que el estado de inejecución es conforme al interés que tiene el titular del derecho de impugnación, la pérdida de la acción por prescripción no debe implicar la pérdida del derecho de impugnación por vía de defensa, cuando la otra parte, actuando para conseguir su ejecución, tienda a modificar el estado de hecho actual y favorable a la parte contraria. Hay viva discusión entre los autores sobre si el caso del art. 1.302 sea aplicación de un principio universal acogido por el Código tácitamente, o más bien norma excepcional adoptada por razones de práctica conveniencia en materia de anulación y no extensiva analógicamente a otras materias. Nuestra opinión es que se trata de disposición excepcional y que, por tanto, fuera de estos límites, no rige la máxima *quae temporalia ad agendum...*, etc. (1).

Hemos hablado hasta aquí indiferentemente de prescripción de los derechos y de prescripción de acciones, pero conviene detenerse en este punto y aclararlo.

El principio romano de la prescripción era el de que ésta afectaba a la *actio*, es decir, al medio procesal con que el derecho se hacía valer, pero el derecho sobrevivía, y, por ejemplo, tratándose de obligación, extinguida la acción por prescripción, subsistía el crédito, aunque desprovisto de la tutela de la acción, en forma de obligación natural. A este concepto parece referirse el Código (2) (art. 2.135), que declara todas las acciones, así reales como personales, sujetas a la prescripción treintenaria. Y algunos sostienen que en tal sentido funciona la prescripción en nuestro ordenamiento. Nosotros creemos con los más que el efecto extintivo se da también en el derecho. Y esto, no porque el derecho sustancial y la acción se confundan (pues son concep-

(1) Ver Coviello, Man. I, pág. 443; Meluci, Ist. pág. 732; Pugliese, *Prescriz. estrut.*, pág. 56 y siguientes; Venzi en Pacifici, Ist. II, pág. 590 y siguientes.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. - En los artículos 1.961, 1.962, 1.963, 1.964, 1.965, 1.966, 1.967 y 1.968 del Código civil español, se establecen distintos plazos de prescripción según sea la naturaleza de las acciones y de los bienes a que se refiera.

tos y momentos diversos), sino porque siendo la tutela judicial una nota inmanente y esencial del derecho, perdida aquélla se pierde también éste. El mismo Código habla de prescripción del derecho (ver artículos 44, 515, 666, 2.030) (1), dando a entender cómo ambos conceptos coinciden. La supervivencia del derecho a su tutela, es decir, a la acción, carecería de fin y utilidad prácticos, puesto que no podría hacerse valer. El ejemplo mismo, que es elocuente para el Derecho romano, el de las obligaciones cuya acción se haya extinguido por prescripción y que por ello se transforman en obligaciones naturales, no vale en nuestro derecho, pues incluso aquellos que admiten en él la existencia de obligaciones naturales (y nosotros figuramos entre ellos) excluyen que tal fenómeno pueda darse en el derecho moderno.

Comienzo y duración de la prescripción.—Antes de que haya nacido la acción conferida para tutela de un derecho no puede hablarse de extinción por prescripción *actioni nondum natae non praescribitur*; en efecto, reposando la prescripción sobre un estado de hecho no conforme al derecho, y no obstante no eliminado o removido por quien tiene la facultad, se debe contar el tiempo, no desde el momento en que aquel estado se ocasionó, sino desde aquel en que se podía actuar para removerlo o eliminarlo; desde este momento se debe comenzar a contar el tiempo que la ley exige para que aquel estado se convierta en irrevocable por perder la acción quien podía ejercitarla. Con esto queda sin más resuelta la cuestión de si el comienzo de la prescripción deba situarse en el momento en que fué causada la lesión del derecho ajeno o en aquel en que, sin haber lesión, podía ejercitarse el derecho. Debe ser resuelta en el segundo sentido, pero entendiéndose que la posibilidad de ejercitar la acción presuponga un estado de hecho contrario al derecho. No precisa, en otros términos, que haya siempre una lesión específica del derecho ajeno, sino que es necesario que el estado de hecho, que inci-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículos 197, 513, 546 y 1.974 del Código civil español. Es de notar la mayor extensión que tiene en materia de servidumbres la prescripción extintiva, pues mientras la adquisitiva sólo se refiere a las servidumbres continuas y aparentes (artículos 537 y 539) la extintiva es de aplicación a todas (art. 546, núm. 2.º)

dentalmente podía ser conforme al derecho, se convierta luego, por una circunstancia cualquiera, en no conforme, de modo que desde este instante se ofrezca la necesidad de remover tal estado. Así, por ejemplo, nace la acción que tutela la propiedad desde el momento de su violación por parte de un tercero que posea la cosa y niegue el dominio ajeno; no puede considerarse nacida (y tampoco, por consiguiente, comenzado el curso de la prescripción) la acción del mutuante para la restitución en el momento mismo de la entrega de las cosas fungibles, sino cuando haya transcurrido el término (que se fija por el Juez en defecto de la determinación por las partes) durante el cual deba el mutuario gozar de las cosas dadas en mutuo. Si pasado ese tiempo subsiste idéntico el estado de hecho, éste no es ya conforme al derecho por la obligación que entonces le incumbe de restituir.

Por la aplicación del concepto de *acción nacida* no puede darse la prescriptibilidad de los derechos sometidos a condición o a término antes de que se haya realizado la condición o transcurrido el término; el comienzo de la prescripción es impedido por la condición suspensiva o el término inicial, porque en el primer caso el derecho que daría lugar a la acción no ha nacido aún, y en el segundo ha surgido ya, pero su ejercicio queda en suspenso. El Código agrupa estos dos casos bajo el concepto de la suspensión de la prescripción (art. 2.120) (1); pero aquí se trata de causas que impiden el que la prescripción comience, de modo que no debe hablarse de suspensión, que es concepto profundamente diverso, sino de imprescriptibilidad. Otra imperfección del Código es el haber mencionado en el mismo artículo, 2.120, y separadamente, las acciones de garantía para declarar que no prescriben en tanto la evicción no haya tenido lugar; ya porque la acción de garantía cubre un derecho condicionado al hecho de la evicción y como tal entre en la categoría de los derechos condicionales, ya porque no debía hablarse de suspensión, sino de imprescriptibilidad.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 1.969 de nuestro Código civil enuncia un principio general del que lógicamente se derivan los casos concretamente enumerados en el 2.120 del italiano. Especialmente para la condición el citado art. 1.969 y para el plazo el 1.125.

Sentado esto, el tiempo que la ley fija para la extinción de los derechos (y sólo la ley puede hacer esto y nunca la voluntad de los particulares, ya se dirija a prolongar o a abreviar los términos) (1) no es siempre igual, como no es idéntica siempre la virtud extintiva. Hay, en efecto, en nuestro ordenamiento prescripciones breves y prescripciones largas; y hay, además, entre las primeras, prescripciones que producen la extinción de un modo absoluto (extintivas) y prescripciones que, basándose en una presunción de pago, dejan abierta la vía al titular del crédito para probar, incluso después de cumplida la prescripción, la subsistencia del mismo (preventivas).

La prescripción ordinaria que se aplica generalmente, cuando no se haya establecido un término más breve, es la de treinta años (2); todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben con el transcurso de treinta años, sin que pueda oponerse la falta de título o de buena fe (art. 2.135) (3).

En las materias comerciales la prescripción ordinaria se cumple en diez años (art. 917 del Código de Comercio) (4); todas las demás son prescripciones breves, de duración variable de seis meses a cinco años, pero como unas son extintivas y otras presuntivas, deben tenerse separados ambos grupos.

(1) La prórroga convencional del término legal de prescripción implicaría una previa renuncia a la prescripción y esto no es permitido por la ley (art. 2.107). Discutido es el caso opuesto de convención dirigida a abreviar el término legal. En nuestra opinión es inexacta la tesis que admite la validez de la cláusula que abrevia. Se ha defendido la validez sosteniendo que el acreedor puede renunciar al mayor beneficio que le concede la ley con el término mayor, pero se olvida que la prescripción tiene un fundamento y una finalidad de orden público y, por tanto, que la voluntad privada es impotente para alterar los términos legales.

(2) Nuestro ordenamiento no reconoce ninguna prescripción superior a la treintenal como la cuarentenaria y cincuentenaria. Si en alguna materia se habla de ellas, es porque se trata de relaciones o instituciones a las que se aplican disposiciones del derecho común o del canónico.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículos 1.961-1.968 del Código civil español.

(4) En el art. 943 del Código de Comercio español se establecen como supletorias las disposiciones del derecho común. Este artículo viene a ser una confirmación del precepto general establecido en el art. 50 del propio Código.

a) Prescripciones extintivas son las que operan como la ordinaria y no consienten la indagación (tratándose de un crédito) de si se ha verificado el pago u otra forma cualquiera de satisfacción de la deuda o no. La ley admite muchísimas así; por ejemplo:

α) prescriben en cinco años las acciones de nulidad y de rescisión propuestas contra un acto anulable (art. 1.300);

β) prescriben en cinco años las acciones por anualidades de las rentas perpetuas y vitalicias, las de las pensiones alimentarias, alquileres de las casas y pensiones de los fundos rústicos, intereses de las sumas debidas y todo lo que es pagable anualmente o en términos periódicos más breves (art. 2.144) (1);

γ) prescribe en dos años la acción del propietario o poseedor de cosa mueble para readquirir del tercero de buena fe la cosa robada o extraviada (art. 2.146) (2).

b) Las prescripciones presuntivas difieren de las anteriores en que, refiriéndose a relaciones de la vida cotidiana, en las que el pago se suele verificar inmediatamente y no es usual el reducirlas a forma escrita, se presume que el crédito haya sido satisfecho por el deudor y no se admite acción alguna transcurrido que sea un breve espacio de tiempo, pero contra la presunción de la ley se admite prueba contraria por parte del acreedor aunque no se admitan todos los medios de prueba, sino sólo el juramento; el acreedor puede deferir el juramento al deudor mismo para que declare si realmente ha pagado la deuda a los herederos o a la viuda del deudor para que declaren si tienen noticia de si la deuda ha sido o no pagada (art. 2.142) (3).

(1) Para que esta prescripción se aplique es necesario que se trate de prestaciones periódicas que constituyan accesorio de una deuda principal y debidas al acreedor de ésta; no son afectados por ella los frutos debidos por el poseedor de mala fe juntamente con la cosa que los ha producido, las fracciones en que se distribuya el pago de un capital. Las anualidades debidas a un tercero que las haya pagado al acreedor en lugar del deudor.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.— Véanse artículos 1.301, 1.966, 1.955 del Código civil español.

(3) Id.— En materia de prescripción no existe en el Código español precepto análogo al 2.142 del italiano; podrá resultar en alguna situación por aplicación de la doctrina contenida en el art. 1.236.

La prescripción no actúa cuando el crédito resulte subsistente, como no actúa tampoco cuando la relación de crédito se halle consignada por escrito. Los términos de estas prescripciones son de cinco, de tres, de un año y de seis meses. En efecto:

α) prescriben en cinco años las acciones de los Abogados y Procuradores contra sus clientes por los gastos y honorarios de los asuntos no terminados (art. 2.140);

β) prescriben en tres años las acciones por los honorarios de Profesores, Maestros de ciencias, letras y artes estipendiados por tiempo mayor de un mes; de los Médicos Cirujanos y Farmacéuticos por sus visitas, operaciones y medicinas; de los Abogados y Procuradores por el pago de los gastos y honorarios de los litigios y asuntos terminados; de los Notarios por el pago de los gastos y honorarios por los actos ante ellos otorgados; de los Ingenieros, Arquitectos, Agrimensores y Contables por los honorarios a ellos debidos por sus trabajos (art. 2.140);

γ) prescribe en dos años la acción contra los Oficiales judiciales para la restitución de los actos que les han sido entregados (art. 2.143);

δ) prescriben en un año las acciones de Profesores, Maestros de ciencias, letras y artes por las lecciones que dan con honorarios fijados por días o por meses; de los Oficiales judiciales por los gastos que hayan efectuado y por las comisiones que realizan; de los comerciantes por el precio de las mercancías vendidas a personas que no se dedican al comercio de las mismas; de las personas que tienen colegios o casas de educación e instrucción por el precio de la pensión e instrucción de los colegiales, alumnos y aprendices; de los domésticos, obreros y jornaleros por el pago de sus salarios (art. 2.139);

ε) prescriben en seis meses las acciones de los fondistas y posaderos por el albergue y alimentos que suministran (artículo 2.138).

Suspensión e interrupción de la prescripción.—La prescripción puede ser suspendida y puede venir interrumpida. Son estos dos fenómenos muy diversos entre sí y diversos también de lo que antes se ha examinado y que consiste en que se impida el que la prescripción se inicie por no haber nacido aún la acción.

Suspensión es la detención en el tiempo útil para prescribir por causas que sobrevienen e impiden su continuación o que existiendo ya en el momento inicial la detienen en este mismo. Puede parecer en el segundo caso que la suspensión coincida y se confunda con el impedimento de la prescripción; pero no es lo mismo, porque en la suspensión se presupone que la acción ha nacido ya y es ejercitable en abstracto obstando sólo a su ejercicio efectivo una circunstancia particular, mientras que en las causas que impiden la prescripción, no habiéndose originado aún la acción, se da más bien el fenómeno de la imprescriptibilidad. El concepto aparece claro si se comparan, por ejemplo, el crédito condicional y el crédito del menor; el primero es imprescriptible, ya que la acción surgirá solamente en el momento en que la condición se verifique; el segundo aparece ya desde ahora provisto de acción, pero para la mejor tutela del menor la ley no consiente que el tiempo necesario para prescribir contra él comience a correr hasta que haya sido emancipado o hasta que haya alcanzado la mayor edad. En la suspensión se prolonga la duración de la acción por todo el tiempo que dura la causa de la suspensión, lo cual implica que cuando la causa haya sobrevenido y no exista desde principio, el decurso de la prescripción se divide en dos períodos, entre los cuales hay como un paréntesis, un intervalo de tiempo que dura lo que dura la causa y que no se computa en el término de la prescripción. En la causa sobrevenida se une el período transcurrido anteriormente a ella con el que comienza a correr luego de su desaparición, y con la suma de ambos períodos la prescripción se realiza; lo cual, como veremos, constituye la más notable diferencia entre suspensión e interrupción.

Las causas por las que la ley suspende el curso de la prescripción, son de dos órdenes:

a) Alguna se funda en la especial condición jurídica del titular del derecho en cuanto que la ley tiene en cuenta la menor capacidad de la persona o una especial dificultad para el ejercicio de la acción, y en favor de tales personas suspenden el curso del tiempo. La prescripción, por tanto, no corre: α) contra los menores no emancipados; β) los enfermos mentales; γ) los

militares en servicio activo y en tiempo de guerra, aunque no estén ausentes del reino (art. 2.120). La ley añade que la prescripción no corre contra la mujer casada con respecto al fundo dotal y al fundo especialmente hipotecado por la dote, y para la ejecución de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio; la norma se refiere en gran parte a la prescripción adquisitiva, mientras que para la extintiva es superflua. Adviértase que en materia comercial estas suspensiones no valen por expresa disposición contraria del art. 916 del Código de Comercio. Adviértase también que la suspensión no se admite cuando se trata de prescripciones breves, excepción hecha de la bianual (artículo 2.145) (1). Nótese, finalmente, que dado su fundamento, estas causas de suspensión favorecen exclusivamente a las personas citadas, no a los demás copartícipes, como, por ejemplo, el coacreador solidario (art. 2.122) (2).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda sustancialmente con el artículo 1.932 del Código civil español.

(2) Con ocasión de la reciente guerra se dictaron disposiciones especiales para preservar de los perjuicios de la prescripción extintiva a personas merecedoras de una protección especial. Con el Real decreto de 23 de Mayo de 1915 se ordenó la suspensión del curso de las prescripciones y de los términos convencionales o legales de caducidad que hubieran podido perjudicar a los militares en activo servicio, los empleados en el Ejército y en la Marina y cualquiera otra persona al servicio de las fuerzas armadas, ordenándose que no empezara de nuevo su curso sino después de sesenta días, a partir de la publicación de la paz o pasado sesenta días a partir de aquél en que cesó el servicio. La disposición confirmaba y ampliaba al mismo tiempo la contenida en el Código, art. 2.120 ya que a más de los términos más dilatados de suspensión y la esfera más amplia de personas a que se aplica la disposición referida, suprimía las excepciones del art. 2.120 que establecen los artículos 2.121, 2.145 del Código civil y 916 del Código de Comercio. Fueron también suspendidas las prescripciones extintivas y las caducidades, por las cuales un militar o asimilado perdiera su derecho (ejemplo, el crédito, el derecho real sobre cosa ajena) o la acción como las prescripciones adquisitivas que otro en su daño pudiera realizar (por ejemplo, adquisición de una servidumbre por un tercero en el fundo de un militar). Ver De Ruggiero, *Leggi di guerra nel diritto priv. it.* (*Dir. e giur.*, 1916, pág. 40 y siguientes del extracto) y Segré (en *Riv. Dir. comm.*, XIV, 1916, pág. 29 y siguientes). Posteriormente con motivo de la invasión enemiga en algunos territorios de reino, se ordenó con Decreto-ley de 22 de Noviembre de 1917, la suspen-

b) Otras se fundan, por el contrario, en la especial relación que liga al derecho habiente con la persona obligada, relación familiar de subordinación o representación que el legislador considera como razonable obstáculo al ejercicio de la acción. Por consiguiente, no corre la prescripción: α) entre cónyuges el uno contra el otro; β) entre la persona a quien corresponda la patria potestad y aquella que le está sometida; γ) entre el menor y el sujeto a interdicción (ya sea judicial o legal) y su tutor hasta que no haya cesado la tutela y hayan sido rendidas y aprobadas las cuentas; δ) entre el menor emancipado o el mayor inhabilitado y el curador; ϵ) entre el heredero y la herencia aceptada con el beneficio de inventario; η) entre las personas que por ley están sometidas a administración ajena y aquellas a las cuales dicha administración se encomienda (art. 2.119) como el curador de la herencia yacente (art. 980) el representante del ausente (art. 21). Estas causas de suspensión se dan también, a diferencia de las primeras, para las prescripciones breves; no pueden invocarse sino entre las personas indicadas y no aprovechan a las otras (1).

sión del curso de las prescripciones y de los términos de caducidad que pudiesen afectar a los particulares y entes morales que tuvieren su residencia en los municipios ocupados por el enemigo y en aquellos que la tuvieren en territorios de operaciones militares en los municipios de las provincias de Belluno, Treviso, Udine y Venecia. La suspensión del Decreto-ley de 23 de Mayo de 1915, cesaba con el Decreto-ley de 2 de Mayo de 1920 y los términos comenzaron a correr de nuevo el quinto día a partir de su publicación.

NOTA DEL TRADUCTOR.—Este artículo no tiene equivalente en el Código español. Pero adviértase que no es contrario a nuestro 1.974 que se refiere a interrupción y concuerda con el 2.131 del italiano.

(1) Si además de los citados casos que entran en los dos grupos vistos, hay otras causas de suspensión de la prescripción se discute mucho entre los civilistas. Un principio general del antiguo derecho *contra non valentem agere non currit praescriptio*, implicaría—cuando fuese su imperio reconocido en nuestro sistema—que toda otra causa de impedimento al ejercicio de la acción análoga a las contempladas en la ley, debía reconocerse como legítimo motivo de suspensión. Y así, en efecto, piensan algunos, mientras otros afirman que aquel principio ha sido acogido por nuestra ley pero no como regla general sino en aplicaciones concretas en los casos indicados por los artículos 2.119, 2.120, fuera de los cuales no

Interrupción no es el detener, el parar el curso de la prescripción, sino un hecho que destruye la eficacia del tiempo transcurrido e imposibilita el que se cumpla la prescripción comenzada. Puede, sí, iniciarse un nuevo período de prescripción cuando se haya extinguido el poder interruptor de aquel hecho; pero la prescripción que se inicia es nueva y precisará que transcurra todo el tiempo requerido por la ley, siendo inútil el transcurrido anteriormente, que no puede—al contrario de lo que ocurre en la suspensión—sumarse al período nuevo.

Causas de la interrupción son o un acto jurídico realizado por uno u otro de los sujetos entre los cuales la prescripción se realiza (interrupción civil) o bien un hecho material (interrupción natural) (art. 2.123) (1). Esta última tiene aplicación limitada en la prescripción extintiva, refiriéndose de modo principal a la adquisitiva el art. 2.124, que define la interrupción natural declarando que la prescripción es interrumpida naturalmente cuando el poseedor viene privado por más de un año del goce de la cosa. Es, por el contrario, la interrupción civil la que actúa en la prescripción extintiva y actúa por virtud de un acto realizado por el titular que está amenazado con la pérdida de su derecho y que con tal acto manifiesta su voluntad de no perderlo, o en virtud también de un acto del prescribente, el cual al realizarlo reconoce el derecho ajeno y lo salva de la extinción.

Actos de la primera clase son: α) la demanda judicial, aunque sea hecha ante Juez incompetente (art. 2.125), a condición de que no resulte nula por incompetencia del oficial que la ha notificado o por defecto de forma, que el actor no desista, que no haya transcurrido el plazo de presentación de la misma o que no haya sido rechazada (art. 2.128); β) el embargo, con tal

sería aplicable. Creo que admitir la suspensión en otras hipótesis análogas a las previstas en la ley, es lícito a condición de que se trate de impedimentos de hecho; ver Pugliese, *Prescr. est.*, pág. 153 y siguientes y *Riv. di Dir. comm.*, 1911, II, pág. 713; Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand. I*, pág. 1.137; Venzi en Pacifici, *Ist. II*, pág. 670 y siguientes; Segré en Baudry Lacantinerie, *Prescriz. Adiz. I*.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 187 y 1.943 del Código civil español. El curador de que habla el 980 del italiano no existe en el español.

que no sea nulo por defecto de forma o incompetencia del oficial que lo hizo (art. 2.125); γ) el acto de secuestro intimando a la persona cuya prescripción adquisitiva quiere impedirse (ib.); δ) un acto cualquiera que constituya en mora al deudor (ib.); ϵ) el requerimiento o la presentación voluntaria a la conciliación, siempre que la demanda judicial se haya hecho dentro del término de dos meses de la no comparecencia ante el conciliador o de la no verificada conciliación (ib.).

Actos de la segunda son: α) el reconocimiento hecho por el obligado o poseedor prescribente del derecho de aquel contra el que la prescripción se había comenzado (art. 2.129); β) todo acto que implique reconocimiento, como el pago de los intereses, demanda de prórroga en el pago, concesión de una garantía, etc.

De las dichas causas de interrupción, dos solamente valen para las prescripciones presuntivas: la demanda judicial hecha en el plazo y el reconocimiento por escrito de la deuda (artículo 2.141). Pero la eficacia de estos dos actos (que son ambos escritos) es bastante mayor que la eficacia normal del acto de interrupción, pues no sólo destruyen el tiempo transcurrido, sino que transforman la prescripción de presuntiva en ordinaria, de modo que desde que se verifican para extinguir la deuda precisará el transcurso de la prescripción larga, es decir, de la treintenal.

Los actos interruptivos no perjudican ni aprovechan a personas distintas de aquellas entre las cuales se han verificado. Excepcionalmente, sin embargo, actúan también con relación a otros que se hallen ligados con uno de los dos por un vínculo obligatorio; como ocurre cuando haya varios deudores o varios acreedores solidarios (artículos 2.130, 2.131) o la obligación sea indivisible (art. 2.130) o se trate de relaciones entre deudor principal y fiador (art. 2.132); en que cuando la prescripción interrumpida contra uno de los deudores o a favor de uno de los acreedores o contra el deudor principal se entiende interrumpida también para los demás deudores o acreedores o para el *fideiusor* (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 1.944, 1.948, 1.974 y 1.975 del Código civil español.

Eficacia de la prescripción.—La virtud de la prescripción estriba en extinguir el derecho a que se refiere, el cual no puede existir ni puede resucitar. La extinción se produce en el momento de cumplirse el tiempo establecido en la ley y ocurre como consecuencia directa de la disposición legal. Como, por otra parte la ley prohíbe al Juez suplir el silencio del interesado que no se haya opuesto a la prescripción (art. 2.109) precisa siempre que sea hecha valer por aquel a quien aprovecha y sus efectos no se dan si no es invocada por la parte.

Se confía al arbitrio del interesado el servirse o no de ella, y se entiende con esto que como puede no oponerla, también puede renunciarla. La renuncia puede ser expresa o tácita; esta última resulta de un hecho que sea inconciliable con la voluntad de servirse de la prescripción (art. 2.111). Equivaliendo la renuncia a una enajenación se comprende que no pueda renunciar quien no tenga la capacidad de enajenar (art. 2.108). Lo que la ley no permite es la renuncia preventiva de la prescripción, es decir, la renuncia de aquella prescripción no comenzada aún (art. 2.107) (1); esto por el carácter de orden público que posee la institución de la prescripción, cuya eficacia sería destruída si se consintiese su renuncia preventiva y cesaría la función social que la prescripción ejerce. Por el contrario, cuando se ha cumplido ya entra en juego el interés del particular y nada impide el que éste disponga con libertad (2).

Caducidad.—Una institución semejante a la prescripción, porque también en ella opera el tiempo como causa extintiva, pero de naturaleza intrínsecamente diversa, es la caducidad. Su concepto y carácter diferencial, con relación a la prescripción, estriba en que para determinadas relaciones jurídicas la ley o la voluntad del particular preestablece un término fijo dentro del

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerdan sustancialmente estos dos artículos con el párrafo 1.º del art. 1.935 del Código civil español.

(2) A más de la prescripción cumplida puede ser renunciada la prescripción en curso porque la ley prohíbe solamente la renuncia de la prescripción no comenzada todavía. Renunciar a una prescripción en curso implica interrupción de la misma y no excluye el derecho de prescribir en el futuro.

cual una acción puede promoverse de modo que expirado el plazo no es ya ejercitable aquella en modo alguno y con esto se prescinde de toda consideración de negligencia en el titular o de imposibilidad en que éste se halla mirándose únicamente al hecho del transcurso del término. Puede decirse que no se trata aquí de un derecho que se extinga con el transcurso del tiempo, sino que se impide la adquisición del derecho por el transcurso inútil del término; o mejor aún, que la pretensión a cuyo ejercicio se prefija un término, nace originariamente con esta limitación de tiempo, de modo que no puede ser hecha valer cuando haya transcurrido; en la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo. La consecuencia es que a la caducidad no se aplican las causas de suspensión (1) de la prescripción ni las de interrupción de la misma. Ciertamente que la caducidad viene impedida por la demanda judicial y la demanda no debe ser nula por incompetencia del oficial o por defecto de forma ni ser entablada fuera de plazo, ni rechazada igual que en la prescripción; pero esto no porque constituya una interrupción, sino porque se realiza con ello el ejercicio de la pretensión en el término prefijado, de modo que luego de tal acto no puede hablarse de caducidad mientras que en la prescripción comienza con él un nuevo período prescriptivo.

Hay entre ambas instituciones analogías y nexos múltiples, tanto que en la práctica resulta difícil discernir si se trata de caducidad o de prescripción extintiva, lo cual ha llevado a algunos escritores a negar toda diferencia entre ellos (2). La diversidad subsiste y reside en la función que conceptualmente no es idéntica.

Términos de caducidad son, por ejemplo, el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad (artículos 166-167)

(1) Por vía de excepción también los términos de caducidad fueron suspendidos en favor de militares, asimilados a estos residentes en territorios ocupados por el enemigo con las disposiciones especiales antes recordadas.

(2) Ver Melucci, *Ist.*, pág. 799 y siguientes; Toesca en *Giur. it.*, 1909, página 1.029.

del derecho de retroventa en la compraventa (artículos 1.516 a 1.518), la acción de rescisión de la venta por lesión, acción redhibitoria, art. 1.505, revocación de donaciones por causa de ingratitude (art. 1.082). De otros casos se discute si entran dentro de la institución de la prescripción o en la que nos ocupa (1).

(1) NOTAS DEL TRADUCTOR.— Véanse artículos 1.508, 1.490 y 646 del Código civil español.

DERECHO DE LAS PERSONAS

CAPITULO X

Las personas físicas

§ 35.—*La personalidad y sus requisitos*

Brugi, Ist. §§ 8-9; Pacifici, Ist. II, pág. 25; Gianturco, Sist. I, §§ 24-27; Chironi, Ist. I, § 25; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 175; Coviello, Man. I, §§ 43-45; Crome,; Par. gen. § 14; Zachariae, Man. I, § 40; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 52-53; Planiol, Traité I, n. 362 y siguientes, pág. 419 y siguientes; Windscheid, Pand. I, § 52 Regelsberger, Pand. I, § 58.

La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple «status» (1) de que la persona gozaba; el *status libertatis*, el *st. civitatis* y el *st. familiae*, de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alieni juris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado.

Hoy, desaparecida toda huella de esclavitud, equiparada la condición del extranjero a la del ciudadano en cuanto al goce de los derechos civiles (Código civil, art. 3.º) (2), transformado profundamente el contenido y la esencia de los poderes familiares, que no suprimen, como en otro tiempo, la capacidad jurídi-

(1) El concepto romano de *status* no se reproduce en el derecho moderno aunque se hable de estados personales; ver Cicu, *Il concetto di Status* (*Studi per Simoncelli*, pág. 61 y siguientes); Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 337, n. 3.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 27 del Código civil español.

ca, es condición única para ser sujeto de derechos en el Derecho moderno la de ser hombre.

La *capacidad jurídica*, es decir, la idoneidad para ser sujeto de derechos corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos por razón de sexo o de edad o de condena criminal. Así, por ejemplo, falta la capacidad jurídica en la mujer en cuanto a los derechos políticos, por regla general, al menor de diez y ocho años para hacer testamento (art. 763) o de veintiuno para hacer donaciones (art. 1.052); en la mujer menor de quince años, y en el hombre menor de diez y ocho, para contraer matrimonio (art. 55) (1); en el condenado a presidio para testar (art. 33 del Código penal).

Esta limitación por extensa e intensa que sea, no llega nunca a aniquilar la capacidad jurídica destruyendo la personalidad; la muerte civil que admitían algunas legislaciones anteriores ha sido desterrada de nuestro Código.

Distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad es la capacidad de obrar, la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquélla, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen pudiendo carecer de ella, algunas por causas varias y múltiples, como la menor edad, la enfermedad, la condena penal. A estos casos provee la institución de la representación, en virtud de la cual otro obra en nombre y en interés del sujeto incapaz, adquiriendo por él y transmitiendo sus derechos; se hallan en tal condición, por ejemplo, los menores no emancipados, los que sufren enfermedad mental, condena penal, cuya representación la ejercen los padres o tutores.

Cuando falta la capacidad de obrar, debe suponerse existen-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código civil español, núm. 1.º, artículo 663, la incapacidad sólo dura hasta los catorce años (testamentación activa).

El núm. 1.º del art. 83 del Código civil español contiene prohibición análoga a la del 55 del italiano, pero con diferente límite. Exige catorce y doce años, respectivamente.

te la capacidad jurídica; si es ésta la que falta, faltará también la capacidad de obrar, y no podrá hablarse de representación. Por ello, cuando se excluye la representación por la naturaleza misma del acto, en cuanto que éste no puede efectuarse sino personalmente por el sujeto, hay que afirmar que la incapacidad de obrar coincide con la incapacidad jurídica: no puede el matrimonio del menor de diez y ocho o quince años, según sea hombre o mujer, el testamento del menor de diez y ocho años, realizarse válidamente por representación; debiendo tales actos realizarse personalmente, la incapacidad de obrar se resuelve en definitiva en una incapacidad jurídica.

Para que tenga capacidad de derechos, precisa que el sujeto exista y para la existencia de la persona tres requisitos se establecen en nuestro Código, que se deducen de las reglas dictadas en materia de sucesión y de donación (Código civil, artículos 724, 764, 1.053).

a) El nacimiento; se considera nacido el feto, desprendido del claustro materno, ya sea el desprendimiento causado natural o artificialmente por medios quirúrgicos (1). Antes del nacimiento el producto del cuerpo humano no es aún persona (2), sino parte de las vísceras maternas (3). Sin embargo, por la esperanza de que nazca, es tomado en consideración por el Derecho, el cual le concede una particular protección y le reserva sus derechos, haciendo retrotraer su existencia, si nace, al momento de la concepción. La equiparación del concebido al nacido (*conceptus pro iam nato habetur*) es hecha por el derecho en interés suyo, de modo que no aprovecha a otro, y se actúa por una parte con la institución del curador (*curator ventris nómine*), que la autoridad judicial puede nombrar si cuando acaece la muerte del marido la mujer está encinta (art. 236)(4) a fin de impedir la supre-

(1) Ulpiano: fr. 12. p. D. 28. 2. *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum natum accipe et si exsecto ventre editus sit...*

(2) Papiniano: fr. 9 § 1. D. 35. 2. *Partus mundum editus homo non recte fuisse dicitur.*

(3) Ulpiano: fr. 1. § 1. D. 25. 4. *Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*

(4) Paulo: fr. 7. D. 1. 5. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus huma-*

sión o substitución de parto (Código penal, artículos 361-363) y de custodiar los derechos que corresponden al *nasciturus*; por otra, con la posibilidad de suceder que le es conferida, si bien en sucesión abierta durante su vida intrauterina, así como el ser causa de revocación de las disposiciones a título universal o particular hechas por el padre o ascendiente, que ignoraba que hubiese sido concebido un hijo o descendiente (art. 888) (1). Excepcionalmente incluso el no concebido todavía es tomado en consideración, siendo declarados capaces de recibir por testamento los hijos de una determinada persona viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no se hallen todavía concebidos (art. 764) (2).

b) La *vida*; al desprendimiento del claustro materno, debe seguir la vida independiente del feto; no es persona quien nace muerto (3), y cuando esto sucede caen por su base todas las medidas de protección, dadas para el *nasciturus*. La duración de la vida extrauterina es indiferente; para la adquisición de los derechos basta con que viva un sólo instante. No hay presunciones legales de vida ni rigen los antiguos criterios de los romanos, que exigiendo el vagido, o considerando suficiente cualquiera manifestación exterior de vida, fundaron ésta en los indicios (4); el requisito se indaga en la duda con el auxilio de la ciencia

nis esset custoditur, quotiens de commocis ipsius partus quoritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Véanse artículos 961 y 644 del Código español.

Los 724, 764 y 1.053 del Código italiano concuerdan con los 745, 744 y 1.903 del español y el 160 con el 108.

(2) Sobre la condición jurídica del *nasciturus*, ver Castelbolognesi, *Della capacità giuridica dei nascituri* (Arch. giur. XIX, pág. 23 y siguientes); Gabba, *Il Diritto dei nascituri non concepti*, Pisa, 1902; Sacchi *Nascituri* (Enc. giur.).

(3) Paulo: fr. 129. D. 50. 16. *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati visentur, quia unquam liberi appellari p'ohorunt.*

(4) Ver L. B. C. 6. 39. con la cual Justiniano decide la antigua controversia entre proculeyanos y sabinianos en torno a la forma de manifestación de la vida afirmando que debía atenderse al hecho *si vires ad orbem lotus processit*.

médico-legal y la prueba de la vida, si hay contestación, la debe suministrar quien tiene interés (art. 42).

c) La *vitalidad*; se entiende por tal la aptitud del niño para continuar viviendo fuera del seno materno. Este requisito que se exige para la existencia de la persona (arts. 724, 1.053, 1.083) y que acertadamente otras legislaciones (ver Código civil alemán, § 1.º; Código civil suizo, art. 31) no exigen, no puede ser comprobado sino con la ayuda de la ciencia médica.

Sin embargo, una presunción de vitalidad establece la ley para aquellos que nacen vivos; éstos se presumen vitales (artículo 724); pero contra esta presunción se admite prueba contraria a la vitalidad por parte de quien tenga interés; fuera de ésta no hay otras presunciones ni de vitalidad ni de no vitalidad, fundadas en la inmadurez o madurez del feto, en su imperfección orgánica o en su perfecto desarrollo. Sería erróneo transportar a este campo las presunciones que en otra parte establece el Código relativamente a la legitimidad del hijo—cuando presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de los ciento ochenta días a partir del de la celebración del mismo (artículo 160)—para deducir la no vitalidad del niño que haya estado menor tiempo del señalado en el útero materno. El límite se establece sólo a los efectos de la acción de desconocimiento de la paternidad que se concede al marido si el hijo nace antes de los ciento ochenta días (siéndole negada por falta de interés jurídico si es declarado no vital (art. 161); pero no ejerce influjo alguno en la cuestión la vitalidad en sí, que podría darse en el producto de una gestación más breve y no darse en el de una más larga (1)

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - En el Código civil español se establece una presunción de vitalidad en términos absolutos *juris et de jure*.

Inspirado en nuestro derecho histórico—Fuero Juzgo, Fueros municipales, Fuero Real y Ley 13 de Toro—exige en su art. 30 la vida extrauterina durante un tiempo mínimo de veinticuatro horas, sin la cual, la viabilidad no se da y el feto no se reputa nacido a efectos civiles.

Nuestro Código, observando el curso normal de la naturaleza y huyendo—como dice el maestro Clemente de Diego—del peligro de los juicios individuales, ha rechazado el sistema del dictamen pericial y ha optado por establecer una regla general como presunción de viabilidad; pero lo ha hecho con escasa fortuna, ya que siendo tan breve el plazo exigido,

§ 36.—*Causas modificadoras de la capacidad*

Brugi, Ist. §§ 11-13; Pacifici, Ist. II, pág. 329; Gianturco, Sist. I, § 30; Chironi, Ist. I, §§ 29-30; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 181; Coviello, Man. I, §§ 59, 112; Crome, Par. gen. § 15; Zachariae, Man. I, §§ 42-50; Aubry et Rau, Cours, I, §§ 80-86 bis; Planiol, Traité I, n. 926 y siguientes, n. 1.610 y siguientes; Windscheid, Pand. I, §§ 54-56; Fadda y Bensa, Ibid. págs. 740, 753, 755, 760, 768, 890; Regelsberger, Pand. I, §§ 62-69 (1).

Si bien la capacidad jurídica se reconoce en todo hombre, hay causas, sin embargo, que influyen en ésta o en la capacidad de obrar, limitándola o modificándola. Prescindiendo de las que se refieren al estado familiar y a la condición de extranjería, las restantes se pueden agrupar en tres órdenes de hechos naturales o jurídicos.

a) *Edad*.—La conciencia que la persona debe tener de los actos jurídicos y de la importancia de sus efectos exige que sea establecido un término antes de transcurrido, el en cual a la inmadurez de la mente corresponda una incapacidad de obrar. Este termino se fija, por regla general, y para ambos sexos en los veintiún años (2), de modo que prescindiendo de lo que ocurre en el campo del Derecho público (3) y de los términos especiales que se fijan para determinados actos jurídicos como la edad mínima legal para el matrimonio y para el consentimiento de los ascendientes (4), los diez y ocho años para hacer testa-

bien puede ocurrir que se considere nacido a un feto desprendido del seno materno en tan malas condiciones de viabilidad real que a pesar de vivir las veinticuatro horas exigidas por la ley, fácilmente se prevea lo efímero de su vida y, por el contrario, que habiendo nacido con gran robustez y vitalidad, causas fortuitas y extrañas a su potencia vital—un delito, un accidente—hagan imposible su condición legal de nacido.

(1) Ver Piola, *Delle persone incapaci*, Napoli, 1910-13, en dos volúmenes (en la colección *Il Diritto civ. it.* de Fiore).

(2) Así también en las nuevas provincias anexionadas al reino después de la guerra europea, en las cuales la menor edad acaba según las leyes locales al cumplir el año 24°. (Real decreto de 21 de Diciembre de 1922).

(3) Romano, *L'età e la capacita delle persone nel Dir. pubblico* (*Riv. Dir. pubbl.*, 1911, III, 2. pág. 141 y siguientes).

(4) La capacidad de contraer matrimonio reconocida a los menores

mento (art. 763), para ser emancipado (art. 311) o adoptado (artículo 206), los cincuenta años para adoptar (art. 202), en los que cuando se trata de actos estrictamente personales la incapacidad de obrar coincide con la incapacidad jurídica, dos edades solamente distingue nuestro Código: la mayor y la menor (artículo 323) (1). Han sido abandonadas las distinciones clásicas de los romanos que justamente no equiparaban el *infans*, el *impuber pubertati proximus*; el *puber*, recién salido de la impubertad al *minor XXV annies* y graduaban ulteriormente la capacidad. Pero reaparecen en otra forma (2), en las varias leyes especiales y singularmente en el derecho penal en que para determinar la responsabilidad se tienen en cuenta otras gradaciones, disponiendo que no se proceda contra el autor de delito si es menor de nueve años (Código penal, art. 53) y se averigüe si es menor de catorce años, si ha obrado o no con discernimiento (art. 54), mientras que se atenúa diversamente la pena si el reo es mayor de catorce y menor de diez y ocho (art. 55) o mayor de diez y ocho y menor de veintiuno (art. 56); más limitadamente reaparecen en la esfera civil cuando siendo equiparado el menor al mayor en lo que respecta a las obligaciones provenientes de delito o cuasi delito; también aquí es necesario indagar si se obró con discernimiento (3).

de veintiún años (artículos 55-68) lleva consigo el reconocimiento de la capacidad de estipular las convenciones patrimoniales referentes al matrimonio con tal que se estipulen con la asistencia de las personas que deben dar su consentimiento para el matrimonio (art. 1.386).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—También en el Código civil español se distinguen por regla general la mayor y menor edad, situando aquella el art. 320 en los veintitrés años. Términos especiales para la realización de determinados actos, se señalan en los artículos 83, 663, 318 y 173 que respectivamente se refieren a la edad para contraer matrimonio, para testar, para ser emancipado y para adoptar.

(2) Sobre la necesidad inevitable de graduar diversamente la edad según las relaciones distintas de la vida jurídica y social, ver las observaciones de Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 754 y siguientes.

(3) En la nueva legislación social la tendencia a ampliar la capacidad de obrar de los menores (ley de 15 de Junio de 1893, núm. 925, art. 34; Real decreto de 5 de Enero de 1911, núm. 4), sobre el trabajo en los arro-

La incapacidad de obrar que la menor edad produce se su-
ple mediante la representación legal que se confía a los padres o
al tutor; los actos por estas personas realizados en interés del
menor, tienen la fuerza misma que tendrían si hubiesen sido
efectuados por un mayor de edad plenamente capaz (art. 1.304).
Si el menor lo realiza por sí sólo, son anulables (art. 1.303); pero
la anulación no puede invocarse más que por el menor mismo,
por sus herederos o por su representante legal (artículos 227,
322). Y como el acto, aunque jurídicamente inválido, existe de
hecho, bien puede ser productivo de efectos jurídicos y conva-
lidarse cuando la acción de nulidad no haya sido intentada den-
tro de los cinco años siguientes al día en que el menor alcanzó
la mayor edad (art. 1.360) (1).

Del estado de menor edad se sale, además de por cumplir
los años dichos, por efecto de la emancipación que tiene lugar
por matrimonio del menor (art. 310) o por determinación del
padre que ejerce la patria potestad o del consejo de familia (ar-
tículo 311); pero aquí la condición de capacidad es intermedia
confiriéndose al emancipado la de obrar sólo para realizar aque-
llos actos que no excedan de la simple administración (art. 317),
mientras para todos los demás esa capacidad viene integrada
por el curador o por el consejo de familia o de tutela (artículos
318 y 319) (2).

En un sentido inverso y no ya por la protección a la inexpe-
riencia sino en consideración a la vejez y a un mismo tiempo
por la menor aptitud física, la edad senil puede ser causa de dis-

zales, art. 16; Real decreto de 28 de Agosto de 1919, núm. 643 sobre la
tutela jurídica de los emigrantes, art. 108; Decreto-ley de 21 de Abril de
1919, núm. 603 sobre aseguración contra la invalidez y la vejez, art. 1. Re-
sulta muy importante en cuanto se les debe conferir una cierta indepen-
dencia en el contrato de trabajo, ver el § 113 del Código civil ale-
mán y en general Barassi, *Il contratto di lavoro*, II, pág. 6 y 729 y si-
guientes.

NOTA DEL TRADUCTOR. —Lo mismo en el Código penal español; véan-
se sus artículos 8, números 2.º, 3.º y 9.º, circunstancia 2.ª

(1) ID. — Véase art. 1.301 del Código civil español.

(2) ID. — Ver artículos 314 y 317 del Código civil español.

pensa de algunos oficios, como el tutelar, para quien ha cumplido los sesenta y cinco años (art. 273) (1) (2).

b) *Salud*.—De las enfermedades que influyen en la capacidad de las personas, algunas afectan a determinados actos jurídicos para los cuales precisa el uso de un órgano que si falta o es defectuoso, constituye un impedimento para el acto; otras actúan en la capacidad general del sujeto; en uno y otro respecto pueden ser físicas o psíquicas.

En el primero: *a)* el sordomudo y el mudo no pueden testar por testamento público por precisar la declaración oral de la disposición de voluntad por parte del testador (art. 778), sino solamente por testamento ológrafo y secreto (art. 786); *b)* el ciego que no sepa escribir no puede testar por testamento secreto, y aun sabiendo escribir no puede usar de la forma de testamento secreto escrito por un tercero, no pudiendo, como no puede leer (artículos 782 y 785); *c)* el impotente con impotencia perpetua es incapaz para contraer matrimonio, en el sentido de que el otro cónyuge puede pedir siempre la anulación de aquél (artículo 107).

En el segundo: *a)* la ceguera y la sordomudez de nacimiento implica al cesar la menor edad la inhabilitación de derecho (artículo 340) y la necesidad de integrar su capacidad mediante un curador (art. 341); a esta necesidad puede sustraerse el ciego y el sordomudo cuando el tribunal les haya declarado hábiles a proveer a las cosas propias (art. 340); *b)* la enfermedad mental, cuando sea habitual, produce incapacidad general. Esta puede ser plena o menos plena, según la mayor o menor gravedad de la enfermedad. La más grave que coloque al enfermo en la condición de no poder o no saber proveer a sus propios intereses, da lugar a la incapacidad absoluta; el mayor o el menor emancipado que la sufre, es colocado en estado de interdicción (artículo 324, *interdicción judicial*), sometido a tutela (art. 329) y en condición igual a la del menor; la menos grave (y a esta se equi-

(1) El concepto que la vejez es una nueva infancia se encuentra en Séneca según Lactancio, Div. inst., VII, 15-14.

(2) Ver art. 244, núm. 12 del Código civil español.

para la situación del pródigo) da lugar a la inhabilitación (inhabilitado), suprimiendo en el enfermo mental sólo la capacidad de realizar actos que excedan a la simple administración (artículo 339) y colocándolo al someterlo a un curador en condición análoga a la del menor emancipado.

Si la enfermedad mental, que no ha sido declarada ni reconocida mediante un procedimiento de interrupción o inhabilitación, pero existente en el momento en que el negocio jurídico se ha realizado, puede ser o no causa de nulidad absoluta del acto y pueda invocarse para impugnar su validez, es cuestión muy discutida que examinaremos más adelante (1).

c) *Condena penal* (2).—La capacidad de obrar e incluso la misma capacidad jurídica, pueden venir disminuídas por hechos delictivos que la persona haya cometido y que la hayan conducido a su condena penal; ésta puede privar tanto de derechos civiles (Código civil, art. 1.º), cuanto de derechos públicos y políticos (Código penal, art. 20); y la privación temporal o perpetua de unos u otros puede, a su vez, ser consecuencia necesaria de la condena criminal o ser pronunciada por el Magistrado como anejo y agravación de otra pena. Nunca, sin embargo, la condena penal puede llegar a provocar la pérdida integral de la capacidad jurídica y a la destrucción total de la personalidad; la forma más grave, que luego de la abolición de la pena de muerte y la supresión de la muerte civil se halla representada hoy por el «ergástulo» (Código penal, art. 33), produce con la interdicción legal, la pérdida de la patria potestad, del poder marital de la capacidad de testar y anula el testamento hecho antes de la condena y el hecho anteriormente a la comisión del delito, pero no priva por completo al condenado de su personalidad; el matrimonio contraído antes subsiste válido y es siempre posible al célibe contraer matrimonio y reconocer a los hijos naturales.

Tampoco hoy rigen las sanciones que el concepto de infa-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 708, 709, 688, 83, núm. 3.º, 213, 221 y 228 del Código civil español.

(2) De Pirro, *Contributo allo studio delle incapacita giuridiche; incapacita derivante da condanna penale. Città di Castello*, 1902; De Notaristefani, *Interdizione penale* (Dig. it.).

mia llevaba consigo; sólo puede hablarse de una infamia de hecho en el sentido de una pérdida o disminución de la estima o del honor como consecuencia de actos criminosos o simplemente censurables o deshonrosos, no de una infamia jurídica que lleve implícita la pérdida de los derechos. Esto no significa que la conducta inmoral o delictiva, aun no sancionada penalmente, no produzca efectos en la capacidad; así, las personas de notoria mala conducta, de probada infidelidad, culpables de abuso de autoridad en el ejercicio de la tutela, son excluidos de oficios tutelares (art. 269) y es incapaz como indigno de suceder quien hubiese dado muerte o intentado darla a la persona de cuya sucesión se trata o le hubiese acusado calumniosamente como autor de delito punible con pena criminal, la hubiese forzado o a hacer o cambiar un testamento o hubiese impedido el cambiarlo (art. 725) (1).

La condena de «ergástolo» o la de reclusión por más de cinco años colocan al condenado durante la pena en estado de interdicción legal (Código penal, art. 33, interdicción legal) sometiéndolo a tutela, y mientras la primera implica necesariamente la privación de la patria potestad y de la autoridad marital, tal privación puede añadirse a la segunda (art. 33). Toda otra condena a pena criminal o a la de cárcel por hurto, fraude, falsificación o delito contra las buenas costumbres y la condición del quebrado (no rehabilitado), llevan consigo la exclusión de los oficios tutelares o la remoción de dichos cargos cuando se hubieran asumido (art. 269). Las dos penas mayores, «ergástolo» y reclusión por más de cinco años producen, además, la inhabilitación perpetua para el desempeño de oficios públicos y la de reclusión por más de tres años la inhabilitación temporal para su desempeño (Código penal, art. 31). La inhabilitación para el desempeño de oficios públicos produce, además, la privación del derecho electoral activo y pasivo y de todo otro derecho político, del desempeño de oficios públicos en el Estado, provincia y municipio e institutos sometidos a la tutela de éstos,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 237 y 756 del Código civil español.

de grados y dignidades académicas, títulos y condecoraciones, de todo derecho lucrativo u honorífico, inherente a los oficios y grados citados, beneficios eclesiásticos, capacidad de asumir la tutela y la curatela; de modo perenne si la inhabilitación es perpetua y por tiempo variable de tres meses a cinco años si fuera temporal (Código penal, art. 20). En ocasiones puede limitarse a la prohibición del ejercicio de un arte o de una profesión (Código penal, artículos 20, 35).

Más aun, la condena por algunos delitos de violencia carnal o de corrupción de menores o ultraje al pudor, produce en los ascendientes culpables la pérdida de los derechos que les corresponden por ley en las personas o en los bienes de los descendientes, en cuyo daño se ha cometido el delito (Código penal, art. 349); el marido perdía el derecho a prestar la autorización marital (cuando ésta existía) si fuese condenado a más de un año de cárcel y mientras cumplía la condena (Código civil, art. 135).

En el campo del derecho mercantil hay que recordar la condición especial del comerciante que haya cesado de verificar sus pagos y haya sido declarado quebrado por sentencia (art. 683). Se le impone una nota como de indignidad y una serie de limitaciones, pero con esto no resulta incapaz porque no pierde la capacidad general de obrar. La declaración de quiebra, aparte los efectos que produce en el derecho público con la exclusión del quebrado de cargos y oficios, le hace perder el derecho de administración y de disposición de los bienes de la quiebra y consiguientemente de accionar en justicia, de realizar ciertos actos, pierde en sus deudas a plazo el beneficio de éste, resuelve los contratos de arrendamiento de inmuebles (1).

Condición jurídica de la mujer.—A las tres causas dichas se añade una cuarta modificadora de la capacidad: el sexo femenino. Nuestro Código—suprimidas las antiguas restricciones con las cuales las legislaciones de antaño colocaban a la mujer en situación de grave inferioridad con respecto al hombre, sometién-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 874 y 878 del Código civil español.

dola a tutela perpetua, excluyendo a las hijas de la sucesión, etcétera—había conservado ciertas limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer (1). De éstas, algunas como las relativas a la mujer casada y a la necesidad para determinados actos de la autorización marital, justificadas por la necesidad de dar a la familia unidad de dirección y de gobierno del grupo confiado al padre y marido como jefe del mismo; otras que hallan su justificación en el viejo concepto de la *infirmitas sexus*; otras, en fin, no constituyen inferioridad por radicar en la diversidad fisiológica de los sexos.

Sufría la mujer en el estado conyugal una notable restricción en su capacidad, en cuanto por mantener fuerte y unida la agrupación familiar y asegurar la prosperidad patrimonial del grupo no podía la mujer, sin autorización del marido, hacer donaciones, enajenar bienes inmuebles, hipotecarlos, contratar préstamos, ceder o cobrar capitales, constituir seguridades, transigir, comparecer en juicio relativamente a tales actos (art. 134, Código civil) ni aceptar mandatos (art. 1.743, Código civil).

No podía ejercer el comercio sin el consentimiento expreso o tácito del marido, presumiendo dado tal consentimiento cuando el ejercicio del comercio fuese público y notorio, salvo la expresa prohibición del marido (art. 13 del Código de Comercio) y se concedía a la mujer autorizada a ejercer el comercio, la facultad de comparecer en juicio y de contraer las obligaciones que lleve consigo tal ejercicio, dar muebles en prenda, enajenar e hipotecar inmuebles, pero no la de constituir sociedad comercial, asumiendo responsabilidad ilimitada (art. 14). La autorización podía ser dada para todos o algunos actos, conservando siempre el marido la facultad de revocarla (art. 134, Código civil; art. 15, Código de Comercio). De esta autorización no había necesidad, sólo en tres casos: Si el marido fuese menor o sujeto

(1) Sobre la condición jurídica de la mujer en el derecho italiano, con referencias al derecho histórico y al extranjero, ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 740 y siguientes y la relación Di Stefano al proyecto de ley Sacehi hoy ley de 17 de Julio de 1919 en *Atti Parlam., Camera dei Deputati Sess.*, 1913-18, doc. 728 A.

a interdicción o ausente o condenado a más de un año de cárcel; si la mujer se hallase legalmente separada por culpa del marido; si como se ha dicho, ejerciese el comercio (art. 135 del Código civil). Interveníá la autorización del Tribunal civil en el caso en que el marido negare su consentimiento a la mujer o hubiese oposición de intereses entre los cónyuges o la separación legal hubiese sido provocada por culpa de la mujer o por culpa de entrambos o por mutuo consentimiento (art. 136). En armonía con tales normas, disponen los artículos 1.106 y 1.107 que, además de los menores, los sujetos a interdicción y los inhabilitados, no son capaces de contratar las mujeres casadas, pero que la persona capaz de obligarse no puede oponer a aquéllas su incapacidad; además el art. 137 disponía que la nulidad que derive de la falta de autorización marital puede oponerse solamente por el marido, la mujer y sus herederos o causahabientes. Y en el Código de Procedimiento civil (artículos 799 y 805) se dictaban las reglas de procedimiento para obtener la autorización judicial.

Prescindiendo del estado conyugal, como soltera o viuda sufría la mujer otras restricciones, siéndole negadas ciertas funciones de Derecho privado a más de aquellas propias del Derecho público. No podía ser testigo en los testamentos (artículos 788, 791 del Código civil) en los actos de estado civil y, en general, en los actos públicos (art. 351 del Código civil); no podía asumir la tutela, la protutela, la curatela ni formar parte del consejo de familia, salvo que fuese ascendiente o hermana germana no casada (art. 268 del Código civil) o cónyuge del incapaz (art. 330 con el privilegio de poder ser dispensada (art. 273); no podía actuar como árbitro (art. 10 del Código de Procedimiento civil). Y sentando todas estas limitaciones, la ley equiparaba la mujer a las otras personas incapaces menores, sujetos a interdicción e inhabilitados).

Todo esto ha cesado ya definitivamente y hoy puede decirse que la situación jurídica de la mujer, por lo menos en la esfera del Derecho privado, es igual a la del hombre. La equiparación se ha producido por una serie gradual de reformas, primero limitadas y parciales, luego, decisivas y generales que culminan en

la ley de 17 de Julio de 1919 aboliendo las últimas diferencias que sobrevivían y que ha suprimido la institución de la autorización marital.

Se comenzó con la ley de 9 de Diciembre de 1877 suprimiendo la incapacidad de la mujer para ser testigo en los actos públicos, modificándose los artículos 391, 788, 791 del Código civil. Luego, con la ley de 15 de Junio de 1883, sobre los hombres buenos, por la que se le autorizó a formar parte de los colegios de éstos y a juzgar en las controversias nacidas en el ejercicio de la industria entre los empresarios y operarios, derogándose el art. 10 del Código de Procedimiento civil. Con ocasión del terremoto siciliano calabrés se derogó parcialmente el artículo 286 del Código civil, habilitándose a la mujer a asumir y ejercitar las funciones tutelares sobre los menores que hubiesen quedado abandonados por causa de aquella calamidad, sin que fuese necesaria la existencia de un determinado vínculo parental y sin requerirse, si fuese casada, la autorización marital (artículo 4.º, Real decreto de 14 de Enero de 1909 y Real decreto de 21 de Marzo del mismo año). Y análogamente se dispuso más tarde para los huérfanos de guerra (art. 23 de la ley de 18 de Julio de 1917 sobre protección y asistencia de huérfanos de guerra). Otras derogaciones al principio de la autorización marital, se acordaron antes con las leyes de 27 de Mayo de 1875 y 15 de Julio de 1888 que autorizaban el pago a la mujer de las libretas postales y de Cajas de Ahorro, salvo el caso de oposición del marido y con el texto único de 28 de Julio de 1901 sobre la caja nacional de previsión, que admitió la libre inscripción de la mujer en la citada Caja, y otra hubo más tarde con el Decreto-ley de 21 de Enero de 1917, relativamente a las operaciones realizadas por la mujer en el empréstito nacional del 5 por 100.

Pero el paso definitivo se dió con la ley de 17 de Julio de 1919 sobre la capacidad jurídica de la mujer. El núcleo central de la reforma introducida por esta ley consiste en la abolición integral de la marital autorización. Habiendo parecido al legislador que ésta señalaba una situación de inferioridad de la mujer con respecto al hombre, y habiéndose considerado como no

conducente al fin de una completa equiparación de los dos sexos la simple modificación de las normas que la regulaban, corrigiendo sus defectos y mejorando su funcionamiento práctico la institución fué suprimida sin más (1). Han sido así abolidos los artículos 134, 135, 136, 137, párrafo 1.º del 1.743 del Código civil; los artículos 13 y 14 del Código de Comercio (quedando subsistente el último párrafo del art. 13); los artículos 799 a 805 del Código de Procedimiento civil; el art. 12 de la ley del 17 de Julio de 1890 y el derecho de oposición del art. 11 de la ley de 27 de Mayo de 1875 y 9 de la ley de 15 de Julio de 1888 y en consecuencia se ha suprimido toda mención de consentimiento

(1) Creo no conforme a las necesidades y al recto funcionamiento del organismo familiar la total supresión de la institución. Es una idea errónea que no responde a las verdaderas finalidades de la autorización decir que se establecía por una inferioridad reconocida de la mujer; el legislador de 1865, impulsado por la necesidad de concentrar en el jefe natural de la familia, marido o padre, el gobierno del grupo, y en la exigencia de unidad de dirección, está toda la justificación de la institución.

Ciertamente que la autorización provocaba en la práctica litigios y controversias innumerables y abusos. Y en este sentido fué modificada su regulación. Scialoja, *Per l'abolizione dell'autorizzazione maritale (Studi per Brugi, Palermo, 1910, pág. 665, ver también VII Congr. giur. naz., Roma, 1911)*, propuso que derogados los artículos 134-137 del Código civil y otros con éstos enlazados, se reservase al marido el derecho de prohibir a la mujer el ejercicio del comercio, el de revocar las donaciones, y fuese consentida la constitución de una dote separada cuya administración y frutos correspondiesen a la mujer. Abolida la autorización precisaba hallar un substitutivo para reforzar la misión familiar, teniendo en cuenta que el régimen legal de la sociedad conyugal (cuando no hayan convenciones matrimoniales) es el de la separación, es decir, el menos apto a dar unidad y consistencia al consorcio familiar: se podía hacer una mayor aplicación del régimen de comunidad, modelándose, no en el tipo de comunidad ganancial, sino en otro más amplio y más unitario. *Un nuovo disegno di legge sulla capacita giuridica della donna (Dir. e giur., 1917, página 219)*.

Sobre las consecuencias imprevistas y dañosas de la abolición respecto al ejercicio del comercio por la mujer casada, ver Bolaffio, *La moglie commerciante dopo*, la l. 17, Luglio, 1919 (*Riv. Dir. comm.* 1920, I, pág. 1 y siguientes); Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 505; Guida, *La capacita giuridica della donna dopo la legge 17, Luglio, 1919 (Riv. int. Sc. Sociali, 1920, LXXXV, pág. 260, LXXXVI, pág. 11 y siguientes)*.

marital, incapacidad y conceptos semejantes de los artículos 1.106 y 1.109 del Código civil; 15 del Código de Comercio y 10 del Código de Procedimiento civil (1). Se ha suprimido, pues, toda prohibición de asumir la tutela y otras potestades familiares de modo que el art. 252 del Código civil ha sido modificado en el sentido de que son asesores de derecho los ascendientes, los tíos y los hermanos germanos de uno y otro sexo, y ha sido derogado el número 1.º del art. 268 y modificado el número 1.º del art. 273 (suprimiéndose las palabras «que pueden ser tutoras»).

Por tanto, con la nueva legislación la igualdad entre ambos sexos es perfecta, ya que no constituyen diferencias desfavorables las pocas normas que sobreviven en el Código y que establecen un trato diverso para la mujer; éstas se explican por los elementos físicos o fisiológicos diversos que caracterizan a uno y otro sexo y en ocasiones se resuelven en una condición más favorable. Así, por ejemplo, la edad para contraer matrimonio. La mujer puede contraerlo antes que el hombre, valiendo para ello como mínimo de edad los quince años, y si obtiene dispensa, los doce, mientras el mínimo para los varones es diez y ocho y catorce, respectivamente (artículos 55 68); basta que la mujer haya cumplido los veintiún años para que no necesite del consentimiento de sus padres, mientras el hombre necesita haber cumplido los veinticinco (art. 63), y todo ello por el precoz desarrollo fisiológico del sexo femenino.

Se explica la prohibición impuesta a la mujer casada de contraer nuevo matrimonio antes de haber transcurrido diez meses a partir de la disolución o anulación del primero (art. 57), porque de otro modo se daría la *turbatio sanguinis* que determinaría incerteza sobre la verdadera paternidad del hijo nacido luego

(1) Y deben considerarse suprimidas (si bien la ley no se haya referido a estos artículos) las palabras «y relativamente a los actos de las mujeres casadas desde el día de la disolución del matrimonio» en el artículo 1.300 del Código civil; las palabras: «a una mujer casada» en el artículo 1.307 del Código civil; los números 1 y 2 del art. 365 del Código de Comercio, quedando subsistente la segunda parte del núm. 2 referente al menor que ha dado o recibido mandato.

de contraído el segundo matrimonio; y por esto precisamente no alcanza la prohibición a los casos de anulación del matrimonio por impotencia manifiesta y perpetua y en el de parto posterior a la disolución (art. 57). Se justifica, finalmente, que baste al marido el simple adulterio de la mujer para pedir la separación y se exige, por el contrario, para que la mujer pueda pedirla contra el marido la circunstancia agravante de que éste tenga la concubina en casa o notoriamente en otro lugar (artículo 150), dado el mayor peligro a que la mujer expone a su marido dando a luz hijos que no han sido engendrados por él; quedan, pues, únicamente, verdaderas diferencias en el campo del Derecho público; éstas, sin embargo, resultan hoy muy atenuadas, dada la amplia participación de las mujeres en las funciones y cargos públicos y la innovación que también en esta esfera ha introducido la ley de 17 de Junio de 1919. En el artículo 7.º se declara que «las mujeres son admitidas lo mismo que los hombres al ejercicio de todas las profesiones y al desempeño de todos los cargos públicos, excluído solamente, si no son admitidas expresamente por las leyes, aquellos que implican poderes públicos jurisdiccionales o ejercicio de derechos y poderes políticos o que se refieren a la defensa militar del Estado, según especificación que se hará en el oportuno Reglamento» (1). Subsiste su exclusión del voto, ya sea político, ya administrativo, no obstante haber sido presentados varias veces y recientemente proyectos de ley para concederlo a las mujeres, como ha ocurrido en algunos países extranjeros.

Fuera de las causas dichas, no hay otras que disminuyan o modifiquen la capacidad de las personas; en particular, no influyen ya la diversidad de raza, confesión religiosa, profesión o casta; abolidas todas las distinciones que crearon en un tiempo diferencias odiosas en perjuicio de los judíos y de los infieles (2)

(1) El Reglamento conteniendo la enumeración específica de las profesiones y cargos no accesibles a la mujer fué publicado con Real decreto de 4 de Enero de 1920.

(2) Carta patente 18 de Febrero de 1848 sobre el goce de los derechos civiles y políticos de los valdenses y consecución de grados académicos; Real decreto de 29 de Marzo de 1848 sobre el goce de los dere-

o privilegios en favor de los nobles, los eclesiásticos, de los militares (1), todos los ciudadanos son perfecta e igualmente capaces (Estatuto, art. 24, Código civil, art. 1.º); ni la misma profesión religiosa, que en las anteriores legislaciones producía la incapacidad del proceso, le priva hoy de alguno de los derechos que corresponden a todo ciudadano (disposición transitoria del Código civil, art. 22, Decreto de 7 de Julio de 1866, art. 2.º).

Incapacidad natural e incapacidad legal.—Como resulta de la exposición que precede a las varias incapacidades totales o parciales declaradas por la ley no corresponde siempre una incapacidad natural de la persona, es decir, una condición subjetiva psíquica que por inmadurez del juicio, debilidad o enfermedad mental, aminore o suprima completamente la conciencia y la voluntad. Sólo en algunas se presupone, como son la menor edad, la intervención judicial e inhabilitación. Quien es declarado incapaz por la ley, no es por necesidad naturalmente incapaz. ¿Qué debe decirse en el caso de que la ley declare capaz a quien es incapaz naturalmente? Una incapacidad natural puede existir también en las personas que la ley considera capaces, como ocurre con el que sufre enfermedad mental más o menos grave, la cual no haya dado lugar a que se dicte sentencia de intervención o de inhabilitación, o bien en el caso de quien por embriaguez,

chos civiles y políticos de los israelitas y consecución de grados académicos; ley de 19 de Junio de 1848 que concede a las personas de un culto cualquiera el goce de los derechos civiles y los admite a los cargos civiles y militares Reales decretos de 14 de Junio de 1855, 4 de Julio de 1859, 10 de Agosto de 1859, 25 de Septiembre de 1860, 12 de Febrero de 1861, 17 de Febrero de 1861 y 13 de Octubre de 1870 que extienden la ley citada y equipara a los que profesan diversos cultos en las provincias de Módena, Lombardía, Romagne, Marcas, Umbría, Sicilia, Napolitano, Roma. Sobre los rigores de las legislaciones antiguas contra los heréticos y hebreos, ver Solini, *Storia del Dir. it.*, 2.ª ed., pág. 880 y siguientes.

(1) Ver ley de 9 de Abril de 1859 que suprime el fuero eclesiástico y las inmunidades eclesiásticas en el Piamonte; Decreto prodictatorial, 18 de Octubre de 1860 sobre la abolición de los Decretos y rescriptos que concedían privilegios e inmunidades a favor de los eclesiásticos en ja Italia meridional; Real decreto de 22 de Octubre de 1870 sobre la abolición de todo privilegio de fuero en Roma, ver Salvioli, *Storia delle immunità e delle questizie delle chiese in Italia*, 2.ª ed., Napoli, 1917.

sonambulismo, perturbación pasional o por otra causa transitoria no se halle en posesión plena de su conciencia y de sus facultades mentales. Surge aquí un problema grave y discutido: si debe tenerse en cuenta y en qué medida esta incapacidad natural, de la que no hace mención el Código (1).

La disputa gira en torno del valor que debe atribuirse al silencio guardado por el Código sobre la incapacidad natural, relacionado con la referencia hecha en los artículos 763 y 1.052 y con las disposiciones particulares de los artículos 336 y 337.

Los dos primeros declaran que el testamento y la donación no son válidos si se realizan por persona afecta de enfermedad mental, aunque ésta no haya sido judicialmente comprobada mediante la interdicción; basta, pues, probar que la enfermedad subsistía en el tiempo en que el acto fué realizado para que pueda conseguirse su anulación.

Los dos restantes establecen que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la enfermedad existía en el tiempo en que tuvieron lugar dichos actos; exigen que la interdicción haya sido declarada después y además que por la cali-

(1) Contra este sistema que sigue el del Código francés, están los sistemas de los Códigos suizo y alemán que prevén la incapacidad natural derivada, no de estados permanentes de inconsciencia, sino también de estados transitorios de perturbación de las facultades psíquicas. El primero declara que los actos de quienes son incapaces de discernimiento no producen efecto jurídico (art. 18, y que las personas incapaces de discernimiento, los menores y los sujetos a interdicción se hallan privados del ejercicio de los derechos civiles (art. 17) y explica que es capaz de discernimiento cualquiera persona que no esté privada de la facultad de obrar razonablemente por efecto de su edad infantil, enfermedad o debilidad mental, embriaguez o un estado semejante art. 16). El segundo declara que son totalmente incapaces los menores de 7 años, los que se hallen en estado de perturbación patológica mental no transitorio, tal que escluya la libre determinación de la voluntad, los sujetos a interdicción por enfermedad mental (§ 104); son incapaces limitadamente: los menores que hayan cumplido siete años (§§ 106-113) y aquellos que están sujetos a interdicción por causa de debilidad mental, prodigalidad o embriaguez habitual (§ 114) y añade que la declaración de voluntad de un incapaz es nula como lo es igualmente la del que se halla en estado de inconsciencia o de transitoria perturbación mental (§ 105).

dad del contrato o por el grave perjuicio que derive o pueda derivar al sujeto a interdicción o de otra manera se evidencie la mala fe de quien contrató con el mismo. Que si el enfermo mental ha muerto, la impugnación no es posible sino cuando haya sido promovida la interdicción antes de su muerte o la prueba de la enfermedad resulte del acto mismo que se impugna.

El sistema del Código se basa en estos principios. La incapacidad legal, ya sea por menor edad o ya por enfermedad mental, es causa de anulabilidad de los actos y no valdría a salvar éstos la prueba contraria de la madurez de juicio del menor o de la curación del sujeto a interdicción. Fuera de la incapacidad legal no se tiene en cuenta, por lo regular, otra incapacidad que se dé por vicio o perturbación psíquica. Sólo excepcionalmente puede tenerse en cuenta, pero distinguiéndose en cuanto a los requisitos para hacerla valer, entre actos a título gratuito y actos a título oneroso; que mientras para aquéllos es suficiente la prueba de la existencia de la enfermedad mental en el momento en que se realizaron, para éstos tal prueba no bastaría, sino que precisaría que el procedimiento de la interdicción se haya seguido y que, además, concorra la mala fe del otro contratante, y si el incapaz ha muerto precisa que la interdicción haya sido promovida o que si no lo fué el acto mismo constituya la prueba de la enfermedad.

La deducción que los más sacan de estas normas, que exigen rigurosos requisitos para invocar la incapacidad natural en todos los actos que no sean el testamento y la donación, es que el sistema del Código debe ser interpretado como una prohibición de invocarla en todo otro caso que no sea alguna de las hipótesis taxativamente previstas. La ley no consentiría nunca el invocar el estado de inconsciencia derivado de causas transitorias como la embriaguez, el sonambulismo, la perturbación pasional y ni siquiera el producido por la locura, imbecilidad u otra grave o habitual enfermedad mental, cuando no hubiere sido comprobada mediante el procedimiento de la interdicción o inhabilitación, salvo en los testamentos y en las donaciones y salvo las hipótesis excepcionales de los artículos 336 y 337, y ello responde a una suprema exigencia, como es la seguridad en la contratación

y del comercio, que resultaría gravemente alterada si cada contrato en particular pudiese ser impugnado por razón de una presunta inconsciencia o perturbación psíquica en la otra parte.

Nosotros cremos, con los más, que todo estado de perturbación de las facultades mentales, con tal que sea grave y se demuestre su existencia en el momento en que el consentimiento fué prestado y, por consiguiente, además de la locura, la imbecilidad, la demencia, otras causas transitorias que oscurezcan o supriman la conciencia y el uso de la razón, puede legítimamente invocarse para negar eficacia y hacer declarar nulo un contrato y, en general, un negocio jurídico. La capacidad natural, implicando la capacidad de querer, es un supuesto de toda declaración de voluntad y un requisito esencial del consentimiento y el primer fundamento de éste; no puede haber negocio jurídico, no puede haber contrato, si la persona no era capaz de querer y no tenía conciencia de lo que declaraba; y con esto no se compromete la estabilidad de la contratación que se aduce como fundamento de la doctrina contraria; sirve a alejar el peligro de la excesiva facilidad en la impugnación la dificultad y el rigor de la prueba que debe dar quien alega una causa de incapacidad natural (1).

Se debe, pues, admitir como influyente en la existencia y validez del contrato, al lado de una incapacidad legal, una incapacidad natural, siendo diversas las consecuencias que una y otra producen.

Cuando se trata de incapacidad legal, el contrato no es radicalmente nulo, sino simplemente anulable. La anulación puede, sin embargo, demandarse, por regla general, por el incapaz; la otra, si era capaz, no puede oponer la incapacidad del menor,

(1) Ver Cumbali, *Delle capacità di contrattare secondo il Cód. civ. e di comm.*, Torino, 1887; Ferrarini, *Capacità legale di agire (en Note di Dir. civ.*, página 133 y siguientes, 165 y siguientes); Coviello, *L'incapacità naturale di contrattare (Riv. Dir. comm.*, 1908, VI, 2. pág. 237 y siguientes); Degni, *L'infermità di mente nella teoria del negozio giur. (Riv. Dir. comm.*, 1911, IX, 1. pág. 189 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand. I*, página 890; Ferrini, *Obblig.* pág. 673; Melucci, *Ist.* pág. 358 y siguientes Venzi en Pacifici, *Ist. II*, pág. 346, Giorgi, *Obblig. III*, pág. 44 y siguientes

del sujeto a interdicción, del inhabilitado (art. 1.107), porque se trata de remedio ofrecido a favor y en protección de éstos; constituye excepción el caso de interdicción por razón de pena, respecto a la cual la incapacidad puede oponerse por cualquiera que tenga interés (art. 107). Además, en relación a la prueba, basta la comprobación del estado legal de incapacidad (documento acreditativo de la menor edad, producción de la sentencia de interdicción o inhabilitación) para que la acción de anulación deba admitirse sin más. Que no serviría a salvar el contrato de la anulación la prueba que el otro contrayente suministrase de la madurez de juicio del menor, del restablecido equilibrio mental del sujeto a interdicción o inhabilitado. Finalmente, que el ejercicio de la acción se limita a un breve tiempo, hallándose sujeta a la prescripción de cinco años (art. 1.300).

Por el contrario, la incapacidad natural da lugar a la nulidad absoluta del contrato, puesto que falta a éste su fundamento primero, el consentimiento. Se deduce, por tanto, que la nulidad puede ser opuesta por el incapaz y por la otra parte, y en cuanto al límite de tiempo se halla sujeta a la prescripción ordinaria de treinta años. Para que pueda invocarse debe probarse plenamente la causa que suprime la libre voluntad, demostrándose la existencia de la enfermedad mental y del estado de perturbación de la conciencia en el momento en que el consentimiento se prestó.

Para determinar mejor el estado de la persona, es decir, su condición jurídica, tienen además gran importancia las relaciones en que se halla con el Estado por razón de ciudadanía política o con el grupo familiar a que pertenece o con la sede de sus negocios; con ésta se relaciona la triple doctrina de la ciudadanía del estado, de familia y del domicilio, de que hablaremos separadamente.

§ 37.—*El estado de ciudadanía*

Brugi, Ist. § 10; Pacifici, Ist. II, pág. 45 y siguientes; Gianturco, Sist. I, § 28-29; Chironi, Ist. I, §§ 32-36; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 191 y siguientes; Coviello-Man. §§ 48-51; Zachariae, Man. §§ 50-62; Auby y Rau, Cours. I, §§ 69-79; Windscheid Pand. I, § 55 y Fadda y Bensa, Ibid. pág. 763 (1).

El vínculo que liga a toda persona con la comunidad puede ser de dos clases: o se trata de simple pertenencia al grupo étnico, cuya unidad viene determinada por múltiples factores y especialmente por la unidad de lengua, cultura, tradiciones, historia (nacionalidad), o se trata de relación política, de pertenencia de la persona al grupo políticamente organizado, como Estado (ciudadanía). No siempre ambas relaciones coinciden, pudiendo personas de una nacionalidad pertenecer a una organización política diferente (2), y, ante todo, un grupo étnico puede haber perdido su unidad estatal, de modo que sus miembros se hallen distribuidos y dispersos entre soberanías diversas (3). Ni tienen todos la misma importancia; preponderante y decisiva para la posición jurídica de la persona, es la ciudadanía. No se halla ab-

(1) Ver Gianzana, *Lo straniero nel Dir. civ. it.*, Torino, 1884; Esperon, *La condizione giurídica dello straniero*, Milano, 1889-91; Fiore, *Della cittadinanza*, Napoli, 1909 (en la colección *Il Dir. civ. it.*); Ricci, *Cittadinanza (Diz. prat. di Dir. priv.)*. Conviene advertir que en lo que se refiere a la literatura del derecho positivo italiano, que no puede utilizarse sin más por el profundo cambio de la legislación relativa a la materia introducida por la ley de 13 de Junio de 1912, cuyas normas son expuestas en el texto. Una completa exposición histórica y dogmática de la teoría según el derecho vigente se puede ver en Degni, *Della cittadinanza*, Torino, 1921.

(2) Como ocurría, por ejemplo, con los italianos súbditos del ex imperio austro-húngaro felizmente readquiridos por la madre patria con la anexión del Trentino, Trieste e Iotria.

(3) Esta era hasta ayer la condición de los polacos; la reciente guerra les ha restituido la unidad nacional y política como la ha completado para la Italia y algún otro Estado. No puede decirse que los principios por los cuales los pueblos han combatido en la áspera lucha de 1914 a 1918 hayan sido en toda ocasión equitativamente aplicados.

solutamente desprovisto de importancia e influencia el vínculo de pertenencia al grupo étnico; no podía nuestro Estado considerar como extranjeros a los italianos de las provincias que se hallaban sometidos a otra soberanía, y más de una disposición tenía en cuenta la nacionalidad italiana de los no pertenecientes al Reino (1), como la que reconoce el derecho de *incolato*, esto es, el derecho a no ser expulsados del Reino del que no se hallan provistos los extranjeros (2), y otras que facilitan la concesión de nacionalidad, como se verá más adelante.

Es la ciudadanía una relación más compleja, quizás la más compleja entre todas; interesa, tanto a la esfera jurídica privada, como a la pública y política, y puede decirse que tiene más importancia en el derecho público que en el privado, hasta el punto de haberse dudado en el momento de la codificación si se debía dar cabida en el Código civil a una institución que desarrolla tan grande influencia en las relaciones públicas y políticas, y la desarrolla en éstas porque sólo el ciudadano italiano goza de los derechos subjetivos públicos; el extranjero, por regla general, está excluído. Pero despliega su influjo también en el campo de los derechos privados, porque si hoy la ciudadanía ha perdido valor como requisito para el goce de los derechos civiles, siendo en tal admitido el extranjero con absoluta equiparación, independientemente de toda condición de reciprocidad (Código civil, art. 3.º) (3), la ciudadanía es, sin embargo, decisiva para la

(1) Más particularmente sobre la condición de los italianos no regnícolas, ver Burzati, *Note sulle cittadinanza* (*Riv. Dir. civ.* VIII, 1916, página 485 y siguientes).

(2) Estos pueden ser expulsados o condenados por delitos luego de extinguida la condena o por motivos de orden público por el Ministerio del Interior o en caso de urgencia por los prefectos de las provincias fronterizas (ley de seguridad pública de 30 de Junio de 1889, artículos 90-92). Una sola excepción es hecha para los extranjeros investidos de cargo eclesiástico en Roma, a los que se asegura el goce de las garantías personales correspondientes a los ciudadanos italianos (ley de 13 de Mayo de 1871, art. 10).

(3) Ni siquiera la residencia en el reino se requiere para su goce: es excepcional la disposición del art. 788 que la exige para que el extranjero pueda oficiar como testigo en los testamentos.

aplicación de la ley italiana a las relaciones jurídicas de la persona.

A la complejidad de relación corresponde la dificultad de su disciplina. No hay más que un principio que pueda servir de

Durante la guerra europea este noble y liberal principio del art. 3 que constituía un timbre de orgullo para la escuela jurídica italiana sufrió tremendo golpe. Contra la regla hasta ahora vigente de que en el conflicto bélico entre dos Estados, los ciudadanos deben quedar extraños a él y sus derechos y bienes gozar de la plena garantía de las leyes, el Estado italiano como todos los Estados aliados y enemigos que entraron en guerra) ha adoptado una serie de medidas odiosas contra los extranjeros pertenecientes a Estados enemigos suprimiendo para ellos la libertad del comercio, la facultad de enajenar y de disponer de sus bienes, limitando la libertad de residencia, etc.

En cuanto a la estancia de los extranjeros en el reino se dictaron medidas restrictivas con Real decreto de 2 de Mayo de 1915, cuya duración se prorrogó hasta el fin de la guerra con Decreto-ley de 23 de Diciembre de 1919; y más severas aún fueron las disposiciones relativas a los extranjeros enemigos del Decreto-ley de 18 de Enero de 1918 por el cual se les podía obligar a residir en un país determinado.

En cuanto a las relaciones jurídicas, civiles, comerciales, procesales de los súbditos enemigos, se proveyó con una larga serie de decretos (Real decreto de 24 de Mayo de 1915, Decretos-leyes de 24 de Junio de 1915, 25 de Noviembre de 1915, 30 de Enero de 1916, 4 de Febrero de 1916, 12 de Marzo de 1916, 13 de Abril de 1916, 30 de Abril de 1916, 13 de Julio de 1916, 8 de Agosto de 1916, 27 de Agosto de 1916, 21 de Diciembre de 1916, 15 de Abril de 1917, 24 de Marzo de 1918) todos unificados y coordinados con el Decreto-ley de 28 de Noviembre de 1918. Las medidas adoptadas contra los súbditos de los imperios germánicos, austro-húngaro, turco y búlgaro fueron: prohibición de tráfico de mercancías, de salida de mercancías del reino, de salida y entrada de efectos cambiarios, facturas comerciales, órdenes de pago, títulos de rentas públicas, acciones y obligaciones de Sociedades comerciales (artículos 1-9) de vender, ceder, enajenar bienes o derechos inmobiliarios, mercancías, créditos, establecimientos comerciales de súbditos enemigos conminando con radical nulidad todo acto que tienda a substituir en la relación jurídica originaria, el súbdito o entidad enemigos por otros de distinta nacionalidad (art. 10); la prohibición a los súbditos alemanes, austro-húngaros y turcos de intentar o proseguir instancias, acciones, actos y procedimientos en materia civil comercial ó administrativa ante una jurisdicción cualquiera italiana, así como de hacer inscripciones o transcripciones hipotecarias, suspendiéndose hasta el fin de la guerra las instancias y procedi-

norma al legislador en la atribución de la ciudadanía: al lado de aquel que quiere ciudadano al hijo de padre ciudadano (*ius sanguinis*), debe darse el otro que considera tal el que nace o reside un cierto tiempo en el territorio del Estado (*ius soli*); junto al principio de que la mujer con el matrimonio adquiera la ciudadanía del marido (adquisición *jure matrimonii*) por la necesidad de la unidad del consorcio familiar, debe aparecer el de que la ciudadanía se conceda por la soberanía en casos determinados a los extranjeros cuando los considere dignos de formar parte de la propia organización (concesión de nacionalidad). Y oportunamente nuestra legislación se inspira en todos estos principios que concilian y funden en un sistema mixto, y entre los primeros antes recordados prevalece el del *ius sanguinis*, mientras en otros Estados es predominante, o cuando menos recibe más amplia aplicación que en el nuestro, el *ius soli* (1).

Pero aun bajo otro aspecto es ardua la tarea del legislador. Dada la diversidad de principios que pueden en abstracto invo-

mientos iniciados (art. 11); la prohibición de hacer pagos a los súbditos enemigos con facultad en los deudores de liberarse de sus deudas depositando la suma en la Caja de Depósitos y Préstamos (artículos 12-16); la prohibición de comerciar con ellos (artículos 17-20). La facultad conferida al Gobierno italiano de someter a fiscalización y eventualmente a secuestro o liquidación los establecimientos comerciales enemigos confiándose a inspectores nombrados por los prefectos y por el intendente de Hacienda, el control y vigilancia de los establecimientos ordenándose que se vertiesen las sumas provenientes de los establecimientos secuestrados o de la liquidación de aquéllas sometidas a este más grave procedimiento en la Caja de Depósitos y Préstamos (artículos 21-36); la facultad dada al Gobierno de secuestrar los bienes inmuebles o muebles de los súbditos enemigos a título de retorsión o represalia y en todo caso en que lo considerase oportuno (artículos 37-46).

Las supremas razones del Estado, las necesidades de la defensa, la exasperación del sentimiento nacional, la justa reacción contra una agresión imprevista de parte de los imperios centrales a pueblos pacíficos no preparados para la guerra, no bastan a sofocar en el ánimo del jurista el sentimiento de dolor y repugnancia que experimenta frente a esta resurrección de retorsiones y represalias que de largo tiempo habían sido rechazados y no se puede dejar de deplorar que se hayan destruído de un solo golpe los principios más puros de la moderna cultura.

(1) Así, por ejemplo, en los Estados de la América latina.

carse para la determinación de la cualidad de ciudadano y que en concreto se siguen en las legislaciones de los distintos países, y dados los fáciles conflictos posibles entre los derechos positivos de los Estados, se deduce que la relación no puede ser regida por una sola legislación. Hay necesidad siempre de integrar las normas que cada soberanía dicta y que no tienen eficacia sino en los límites del propio territorio, de recurrir a tratados y acuerdos internacionales que aseguren en lo posible el reconocimiento por parte de otras soberanías por cuyas normas (que pudieran ser contrarias) vendrían frustradas las de aquélla en toda ocasión en que los ciudadanos de un Estado se trasladen a territorio de otro. El fenómeno, que en un tiempo pudo desatenderse porque se limitaba a casos aislados de expatriación individual, ha adquirido hoy una importancia social de primer orden, especialmente en Italia, de donde parten corrientes emigratorias al extranjero y, sobre todo, a Suramérica. A ello precisamente se debe la más enérgica impulsión hacia una reforma de nuestras leyes sobre la ciudadanía que se llevó a cabo con la ley de 13 de Junio de 1912. (1).

Contenida un tiempo en los artículos 4-15 del Código civil la disciplina de la institución, se fué poco a poco integrando y modificando con la ley electoral política (texto único de 28 de Marzo de 1895, art. 1.º), con la ley sobre emigración de 31 de Enero de 1901 (artículos 35-36). Sin embargo, resultaba inadecuada a las nuevas exigencias, excesivamente rígidas al establecer los requisitos para readquirir la ciudadanía, complicada en

(1) El Reglamento fué aprobado con Real decreto de 2 de Agosto de 1912; ver Esperson, *La nuova legge sulla cittadinanza 13 giugno 1912*; Milán, 1912; Gemma, *Coum. alla nuova legge sulla cittadinanza*, Roma, 1913; Burzati, *La legge sulla cittadinanza 13 giugno 1912 (Riv. di Dir. civ. VI, 1914, pág. 289 y siguientes, 441 y siguientes)*; De Dominicis, *Coum. alla legge sulla cittadinanza italiana*, Torino, 1916.

Ver también el Real decreto-ley de 10 de Septiembre de 1892 que admite la concesión de la ciudadanía por Real decreto a favor de personas pertenecientes a familias de origen italiano y actualmente no pertenecientes al reino, de personas que gozan de la protección política italiana o que hayan dado pruebas de sentimientos italianistas; y ahora el Real decreto de 14 de Junio de 1923 que modifica el precedente.

las formas de concesión de la nacionalidad, llena de lagunas graves que provocaban controversias frecuentes e intrincadas en relaciones que exigen pronta determinación.

La nueva ley, solicitada encarecidamente por Congresos (1) y escritores y formulada sobre la base de un proyecto del ministro Scialoja (2), que Polacco, como relator al Senado, modificó y mejoró, deroga las anteriores disposiciones del Código y de las leyes especiales y regula de nuevo toda la materia (3). Los conceptos fundamentales en que se inspiran, son:

a) Conciliar la razón de sangre con la territorial, dando preponderancia a la primera en conformidad con la tradición jurídica italiana.

b) Impedir, en lo posible, que en el conflicto entre las leyes italianas y las extranjeras se den casos de doble nacionalidad por las graves dificultades prácticas y jurídicas a que da lugar la pertenencia de una misma persona a dos o más Estados diversos, los cuales pueden imponer deberes o atribuir derechos contradictorios (*nemo duorum civitatum civis esse potest* (4).

c) Impedir igualmente los inconvenientes que produce la falta de nacionalidad, es decir, la no pertenencia a algún Estado (5).

(1) Notables son sobre todos el I Congreso de los italianos en el extranjero (Roma, 1908) y del IV Congreso jurídico nacional (Nápoles 1897).

(2) Ver para la relación Scialoja al proyecto de ley *Atti parlamentari*, Legisl. XXIII, Ses. 1909-1910 y para la de Polacco los citados *Atti* también.

(3) Que no haya eliminado todos los inconvenientes lo demuestra Buzzati, *Note sulla cittadinanza* (*Riv. Dir. civ.* X, 1918, página 146 y siguientes).

(4) Ver Fromagest, *De la double nationalite*, París, 1891; Samama, *Contributo allo studio della doppia cittadinanza*, Firenze, 1910; *Il problema della cittadinanza specialmente nei rapporti degli italiani all'estero*, Firenze, 1911; Buzzati, *L'Italia l'America latina e la doppia nationalite* (*Riv. colon.* III, 1908, pág. 8 y siguientes); *Questioni sulla cittadinanza degli italiani emigrati in America* (*Riv. Dir. civ.* I, 1909, pág. 445 y siguientes); Bettatini, *La doppia cittadinanza e l'ordin. giur. statale*, Padova, 1915; Buzzati ha insistido en la conveniencia del principio de la doble nacionalidad que la ley nueva no ha acogido.

(5) Sobre esta especial posición de la persona, ver Esperson, *Condi-*

d) Conferir al ciudadano la libre facultad de renunciar la ciudadanía propia sin necesidad de autorización o permiso del Gobierno, limitando tal libertad con exigir la adquisición de una ciudadanía extranjera (para evitar los casos de falta de nacionalidad) o manteniendo subsistentes en el renunciante algunas obligaciones respecto a la patria, principalmente la del servicio militar.

e) Facilitar la concesión de la nacionalidad plena o menos plena a los extranjeros, exigiendo determinados requisitos; facilitar igualmente la readquisición de la ciudadanía a los italianos que la hubieran perdido, reservando, sin embargo, al Gobierno la facultad de prohibir la readquisición en los casos en que el que fué antes ciudadano se haya hecho indigno o haya cambiado de ciudadanía para eludir la ley.

La doctrina de la ciudadanía se resume, por tanto, en el análisis de los modos por los cuales se adquiere, se pierde y se readquiere, considerados ya en la persona misma, ya en los miembros de su familia, es decir, en la mujer y en los hijos, en los cuales tales hechos puedan repercutir.

I. *Adquisición*.—Las causas de adquisición, prescindiendo de la anexión de territorios nuevos al Estado (en el que la regulación de la relación de ciudadanía corresponde más propiamente a la política y al derecho internacional) (1), se pueden clasificar en cinco grupos, según que la ciudadanía derive de relaciones de sangre o de territorio, de vínculo matrimonial, de elección, de concesión especial por la soberanía:

a) *Relación de sangre*.—Por el principio de que el hijo sigue la nacionalidad del padre o, a falta de éste, la de la madre, es *iure sanguinis* ciudadano italiano el hijo de padre nacional, y si éste es desconocido o no tiene nacionalidad, o si poseyendo una nacionalidad extranjera no la transmite a sus hijos, el hijo de madre nacional (ley de 13 de Junio de 1912, artículos núme-

zione giur. degli apolidi secondo il Dir. it. Sassari, 1915; Marinoni, *Della condizione giuridica degli apolidi* (en *Atti Ist. Veneto*, 1913-14, LXXIII, página 135 y siguientes).

(1) Ver Buzzati, *Sull'acquisto delle cittadinanza per annessione territoriale* (*Riv. Dir. civ.*, X, 1918, pág. 472 y siguientes).

ros 1.º y 2.º). La ciudadanía se adquiere cualquiera que sea el lugar del nacimiento (1), y en el momento en que éste se verifica es cuando debe considerarse la condición jurídica de los padres, no en el de la concepción (no se aplica, por tanto, la regla: *conceptus pro nato habetur*).

Es indiferente que se trate de hijos legítimos o de hijos naturales, con tal que sean reconocidos o declarados, o de hijos no susceptibles de ser reconocidos, con tal que la paternidad o la maternidad conste según los modos establecidos en el art. 193 del Código civil; pero en el caso de filiación natural reconocida o declarada, sólo si el hijo es menor, la ciudadanía del padre le es definitivamente transmitida (y en el conflicto entre nacionalidades diversas del padre y de la madre prevalece la del padre), mientras que si es mayor o emancipado el reconocimiento no priva de la nacionalidad ya adquirida (art. 2.º).

b) *Relación territorial* (2).—Cuando la relación de sangre no sirva por ser los padres desconocidos o, siendo conocidos, ambos carezcan de nacionalidad o posean una nacionalidad extranjera que no se transmita a los hijos, opera el criterio del lugar de nacimiento; *iure soli*, es ciudadano quien ha nacido en el Reino de padres desconocidos o en las condiciones dichas (artículo 1.º, núm. 3.º); que si así como no consta la paternidad o maternidad no consta tampoco el nacimiento en el Reino, la ley admite una presunción de este hecho, atribuyendo la ciudadanía italiana al hijo de desconocidos hallado en Italia, salvo prueba en contrario (art. 1.º, párrafo último).

No implica, por el contrario, atribución de la ciudadanía, pero constituye una medida reparadora de las consecuencias

(1) La nacionalidad se adquiere y se conserva también cuando el Estado extranjero en que ha ocurrido el nacimiento del ciudadano italiano lo considere ciudadano propio. Puede, sin embargo, renunciar (ver Pérdida por elección).

(2) Adviértase que la sola relación territorial de domicilio de la persona no es en nuestro derecho jamás causa de adquisición de la ciudadanía. El domicilio del extranjero en Italia, por larga que sea su duración, no le hace adquirir la ciudadanía italiana aunque su ley nacional le haga perder su propia nacionalidad.

producidas por la falta de nacionalidad, la norma del art. 14, que se basa también en el principio del *ius soli*, declarando sometido a la ley italiana, en lo referente al ejercicio de los derechos civiles y a las obligaciones del servicio militar, a cualquiera que resida en el Reino y no posea nacionalidad alguna.

c) *Matrimonio*.—Del mismo modo que el hijo sigue la condición del padre, así también la mujer sigue la del marido; el principio es, pues, que la mujer extranjera que contraiga matrimonio con un ciudadano adquiere la ciudadanía (ya pierda o ya conserve por su ley nacional la originaria), sin que pueda, una vez casada, adquirir nacionalidad distinta de la del marido, aun habiendo separación personal entre los cónyuges. La conserva disuelto el matrimonio y viuda (no en el caso en que el matrimonio venga anulado), salvo que, trasladando su residencia al extranjero, readquiera la ciudadanía de origen (art. 10).

d) *Elección*.—La facultad de elegir la ciudadanía italiana mediante simple declaración u otros hechos equivalentes no se aplica a todo extranjero, sino solamente a aquellos en quienes se da un cierto elemento que constituye como un vínculo que les une al Estado italiano, como, por ejemplo, el haber nacido de extranjeros o el ser hijo de padres extranjeros que residen largo tiempo en el territorio o de ex ciudadanos italianos. La adquisición, que se verifica por beneficio de la ley, dado el concurso de determinados requisitos, acompañados de una declaración de voluntad que puede también deducirse de hechos equivalentes.

Puede ser por elección ciudadano italiano quien sea extranjero, pero nacido en el Reino, o hijo de padres que residieren en él diez años por lo menos al tiempo de su nacimiento, o descendiente de padre o madre o de abuelo paterno que hayan sido ciudadanos italianos (art. 3.º), y, además, el hijo natural que hubiere sido reconocido o declarado cuando era ya mayor de edad o emancipado y tuviese una ciudadanía diversa (art. 2.º, párrafo 2.º).

La elección puede hacerse por éstos expresa o tácitamente. Es expresa la que se exige en el caso de hijo natural. En todos los demás, la adquisición de la ciudadanía puede ocurrir: A, de

modo expreso por el que haya cumplido veintiún años, resida en el Reino y declare dentro del año 22.º elegir la ciudadanía italiana (art. 3.º, núm. 2); B, de modo tácito por aquel que preste servicio militar o admita empleo del Estado (art. 3.º, número 1), o residiendo en el Reino diez años por lo menos no haya declarado dentro del año 22.º el querer conservar la ciudadanía extranjera (art. 3.º, núm. 3 (1)).

e) *Concesión por la soberanía.*—Se aplica este modo de adquisición (naturalización) a quien es extranjero y solicita poseer la cualidad de italiano. Dos formas, en general, deben distinguirse: naturalización plena o mayor que produce la atribución de todos los derechos civiles y políticos y la menor o menos plena, que atribuye el goce únicamente de los derechos civiles con exclusión en particular del electorado activo y pasivo. Complicado era el sistema de la legislación anterior a la reforma, dándose entonces una naturalización mayor que se confería por ley generalmente (Código civil, art. 10), excepcionalmente por Real decreto a los italianos no regnícolas (ley de 28 de Marzo

(1) Para impedir que durante la guerra elementos extraños se ingriesen en el grupo nacional sin el consentimiento del Gobierno, un Decreto-ley de 25 de Julio de 1915 (prorrogado por seis meses desde el 31 de Octubre de 1920 con Real decreto de 29 de Octubre de 1920, suspendió durante la guerra los casos de adquisición de la nacionalidad italiana previstos en los números 2 y 3 del art. 3, es decir, por los que cumplidos los veintiún años y residiendo en el Reino podían optar, dentro del 22.º año por la ciudadanía italiana y por aquellos que residiendo diez años por lo menos no hayan declarado dentro del 22.º año querer conservar la nacionalidad extranjera. Sucesivamente para subvenir a las exigencias militares, otro Decreto-ley de 14 de Julio de 1918 obligó a los que tenían facultad de elegir la ciudadanía italiana a no retrasar la declaración de la opción más allá del término fijado para prestar el servicio militar. Como el anterior Decreto no fué derogado por el segundo, la aparente contradicción entre ambos, se elimina considerando que no es la declaración impuesta por el segundo lo que hace posible la adquisición de la ciudadanía italiana sino la declaración seguida de prestación del servicio militar; se entra, pues, en el caso del núm. 1 del art. 3 de la ley que no fué suprimida por el Decreto de 1915.

¿Hay que ver en esto la iniciación de una tendencia restrictiva en la naturalización de los extranjeros? Ver Fedozzi, *Gl'insegnamenti della guerra circa il trattamento degli stranieri* (Scientia, IX, 1915, vol. XVIII).

de 1895, art. 1.º) y también a los extranjeros en determinadas condiciones (ley de 17 de Mayo de 1906, art. 1.º); una naturalización menor que se confería generalmente por Real decreto (Código civil, art. 10) y, por último, una particular concesión de la ciudadanía con todos los efectos de la naturalización mayor mediante decreto ministerial en favor de aquellos que hubieran podido elegir la ciudadanía italiana, pero que no la eligieron (ley de 31 de Enero de 1901).

La nueva ley, manteniendo inalteradas las normas vigentes para la concesión mediante Real decreto de la naturalización plena a favor de los nacionales italianos no pertenecientes al Reino (art. 17), para los cuales no se exige el previo parecer del Consejo de Estado, reduce a dos las formas: la ley y el Real decreto y suprime toda diversidad entre la naturalización plena y la menos plena, porque también la ciudadanía concedida por Real decreto comprende el goce de los derechos políticos.

α) Por ley puede ser concedida la ciudadanía a quien haya prestado a Italia servicios de excepcional importancia (art. 6.º).

β) Por Real decreto, previo parecer favorable del Consejo de Estado: 1) al extranjero que haya prestado servicio por tres años al Estado italiano, también si se los ha prestado en el extranjero; 2) al extranjero que resida por lo menos cinco años en el Reino; 3) al extranjero que resida por lo menos tres años y haya prestado servicios notables a Italia o haya contraído matrimonio con una italiana; 4) después de un año de residencia a quien hubiera podido ser ciudadano por beneficio de la ley si no hubiese omitido el hacer la expresa declaración en tiempo útil (art. 4.º). Pero el Real decreto no surte efecto si el naturalizado no presta juramento de fidelidad al Rey y observancia del Estatuto y de las demás leyes del Estado (art. 6.º) (1).

II. *Pérdida*.—Causas de la pérdida de la ciudadanía pueden ser la renuncia, la elección y el matrimonio.

a) *Renuncia*.—En principio de libertad exige que cada uno pueda abandonar, sin necesidad de un permiso del Gobierno, la

(1) Véase también la disposición especial del Decreto-ley de 30 de Junio de 1918 para la adquisición de la ciudadanía por los italianos de las tierras irredentas que prestaron servicio militar en la guerra.

ciudadanía italiana; se presupone la plena capacidad de la persona que hace la renuncia, y puesto que se trata de acto personal, ningún otro podría hacerlo en representación del incapaz. Pero como el abandono no exime de las obligaciones con respecto a la patria (1), un abandono puro y simple no se considera suficiente, sino que se exige por regla general que vaya seguido de la adquisición de una ciudadanía extranjera para evitar

(1) Tal es la del servicio militar a cuyo respecto el precepto riguroso del art. 12 del Código civil y el art. 8 de la ley de 30 de Junio de 1912 vienen atenuados notablemente por las disposiciones de la ley sobre emigración. Semejantemente por las penas infligidas a quien levante armas contra la patria de que se ocupaba antes el mismo artículo del Código civil y se ocupa ahora el art. 105 del Código penal cuyos párrafos deberán modificarse en armonía con los nuevos principios según un voto aprobado por el Senado el 13 de Julio de 1911. ¿Qué debe decirse si la renuncia se hace con fraude para sustraerse a las normas y obligaciones impuestas por la ley italiana o para beneficiarse de las suposiciones más favorables de una ley extranjera? La cuestión es discutida y hay quien afirma que la renuncia es ineficaz si es hecha con fraude (Pacifi, Ist. II, pág. 75; Bianchi, *Corso di Cód. civ.* IV, núm. 75). Pero esto no es exacto (Venzi en Pacifi, Ist. II, pág. 93, n. e.). Ciertamente que muchos cambios de ciudadanía se hacen y se han hecho por eludir disposiciones prohibitivas de las leyes italianas: un caso notable es el cambio para obtener el divorcio en el extranjero. En las cuestiones suscitadas ante los Tribunales italianos para obtener el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio, el punto decisivo las más de las veces era éste: si el cambio se efectuó o no por eludir la ley que entre nosotros prohíbe el divorcio. Un obstáculo a tales cambios de nacionalidad lo ofrece el art. 4 del Convenio de 12 de Junio de 1902 sobre conflictos en materia de divorcio y separación personal, prohibiendo que pueda jamás invocarse la ley del matrimonio para dar a un hecho que se ha verificado cuando los cónyuges o uno de ellos eran de otra nacionalidad, el carácter de una causa de divorcio; muchos fraudes, si no todos, eran evitados. En esta materia y en otras a impedir los cambios fraudulentos de nacionalidad, sólo pueden servir los acuerdos internacionales. El Estado, por sí solo, es impotente para evitarlos si no se quiere (como no se debe) infringir el principio de la libertad individual. A lo sumo se puede intervenir en otro momento que no sea el del abandono de ciudadanía para la adquisición de una diversa o sea en aquél en que obtenido el provecho pretendido con el cambio, el ex ciudadano quiera readquirir la ciudadanía italiana; es entonces cuando se puede castigar el fraude negando la readquisición, y este es el concepto en que se inspira la nueva ley.

la falta de nacionalidad. Se admite, pues, la renuncia, que puede ser expresa o tácita.

Debe ser expresa e ir acompañada, además, del traslado de la propia residencia al extranjero, en quien haya adquirido sin su voluntad una ciudadanía extranjera (art. 8.º, núm. 2).

Es tácita si alguien, espontáneamente, adquiere una ciudadanía extranjera y fija en el extranjero su residencia (art. 8.º, número 1) o bien si acepta un empleo de un Gobierno extranjero o entra al servicio militar de una Potencia extranjera y se niega a obedecer el mandato del Gobierno italiano de abandonar el empleo o el servicio (art. 8.º, núm. 3) (1).

b) *Elección*.—Pierde la ciudadanía por tal modo el que siendo considerado a un mismo tiempo ciudadano italiano y de otro Estado elige la nacionalidad extranjera renunciando a la italiana. La norma del art. 7.º, que se refiere a este caso importantísimo, regula también la condición de los hijos nacidos en el extranjero de nuestros emigrados, disponiendo que conserve la ciudadanía italiana el italiano nacido y residente en otro Estado del cual sea considerado ciudadano propio por nacimiento, pero que la pierda si llegado a la mayor edad o emancipado renuncia a ello. Otro caso de aplicación menos amplia es el inverso a la adquisición por elección ya recordado (art. 2.º) del hijo natural reconocido o declarado cuando era mayor o emancipado, el cual si era antes italiano puede, siguiendo la ciudadanía determinada por la filiación, elegir la cualidad extranjera.

c) *Matrimonio*.—La mujer italiana que contrae matrimonio con extranjero pierde la ciudadanía italiana a condición de que adquiera la nacionalidad del marido, lo cual supone que el marido pose una nacionalidad que se transmite a su mujer por el hecho del matrimonio (art. 10). Esta condición concilia el principio general: que la mujer sigue la condición jurídica del marido con la protección debida a los ciudadanos italianos y el inte-

(1) Reaparece así en nuestra legislación aunque, como se ve, substancialmente modificado, el caso de renuncia tácita que contemplaba el artículo 11, núm. 3 del Código civil y que el art. 35 de la ley de 31 de Enero de 1901 había suprimido. La nueva fórmula del texto legislativo corrige también el art. 105 del Código penal.

rés en no dejar desprovista de nacionalidad a la mujer cuando por la ley nacional del marido no participe de su condición política.

III. *Readquisición.* — La nacionalidad se readquiere por quien la había perdido, en general, con un acto contrario al que había causado su pérdida. En consecuencia:

a) Quien la perdió a tenor de lo dispuesto en los artículos 7.º y 8.º, puede recuperarla: 1) prestando servicio militar en el Reino o aceptando empleo del Estado; 2) renunciando a la nacionalidad extranjera o probando haber renunciado al empleo o servicio militar ejercidos no obstante la prohibición del Gobierno, estableciendo su residencia en el Reino dentro del año siguiente a la renuncia; 3) fijando o manteniendo en el Reino su residencia por dos años si la pérdida derivaba de adquisición de ciudadanía extranjera.

El Gobierno puede, en los dos últimos casos, prohibir por razones graves la readquisición; podrán no sólo ser rechazados los que se hayan hecho indignos, sino que podrán reprimirse también los cambios fraudulentos de nacionalidad (art. 9.º).

b) La readquiere la mujer casada con extranjero cuando, disuelto el matrimonio, regrese ella al Reino (si no residía ya) y declare querer readquirir la ciudadanía; a la declaración se equipara el hecho de la residencia en el Reino por más de dos años, cuando no haya hijos nacidos del matrimonio (art. 10), mientras que precisa siempre la declaración expresa si los hay.

Estas normas fundamentales se complementan con otras: unas determinan los efectos que la adquisición, la pérdida o la readquisición de la nacionalidad por el cabeza de familia produce sobre su mujer y sus hijos menores, e inspirándose en el concepto de unidad familiar exige la unidad de legislación para todos los miembros del consorcio, se dispone por regla general que la mujer y los hijos sigan los cambios de nacionalidad del marido y del padre (art. 11, 12); otras equiparan al territorio del Reino el de las colonias (art. 15), al oficial del Estado civil los Agentes diplomáticos y consulares en el extranjero (art. 16) y declaran que la adquisición y readquisición de la ciudadanía son irretroactivos, es decir, que producen sus efec-

tos desde el día siguiente a aquel en que se cumplieron los requisitos y formalidades prescritas (art. 13) (1) (2).

(1) Las normas sobre el modo de llevar los Registros de ciudadanía véase el Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 sobre el ordenamiento del estado civil y el Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919 que ha derogado los artículos 44-51 del de 1865 substituyéndolos con nuevas disposiciones.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 17 al 27 del Código civil español y 1.º de la Constitución de la Monarquía española.

(c) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código civil español el sexo no tiene, en términos generales, la consideración de circunstancia restrictiva de la capacidad civil. El art. 32 no lo enumera como tal. La capacidad de la mujer en nuestro Código es muy distinta según sea su estado civil.

De la mujer soltera puede decirse que la capacidad es la regla; salvo muy contadas limitaciones, cimentadas en viejas preocupaciones, su capacidad civil es igual a la del hombre. Tan sólo le está vedado ser tutora, salvo en los casos en los que la ley la llama expresamente (art. 237, número 7.º), vocal del Consejo de familia (art. 298), testigo en los testamentos (núm. 1.º del art. 681) excepto en el testamento otorgado en tiempo de epidemia (art. 701). Otra limitación consiste en que las hijas de familia mayores de edad pero menores de veinticinco años no pueden dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan como no sea para tomar estado (art. 321). Teniendo declarado el Tribunal Supremo que el estado a que esta frase se refiere es el matrimonial. (Sentencia de 19 de Febrero de 1901). El sentido de esa frase ha sido ampliado, por iniciativa del Sr. Maura, en el art. 12 del Apéndice foral aragonés que lo refiere también a la profesión religiosa.

En cambio la capacidad civil de la mujer en el matrimonio, resulta considerablemente disminuída por el deseo de unificar la familia robusteciendo la autoridad del marido de tal manera que bien puede afirmarse que su incapacidad es la regla general y que sólo por excepción puede por sí sola realizar, válidamente, determinados actos.

No puede *obligarse*, sin licencia del marido, más que en los casos establecidos por la ley (art. 61). Sólo con aquella licencia puede aceptar el mandato (art. 1.716) ser albacea, de no estar legalmente separada (artículo 893, párrafo 2.º), donar por contrato (art. 624), aceptar donaciones condicionales u onerosas (art. 626), aceptar y repudiar herencias (artículo 995), pedir la partición de bienes (art. 1.053), hacer pago en obligaciones de dar (art. 1.160).

Tampoco puede, sin licencia o poder de su marido, *adquirir* por título oneroso ni lucrativo, ni enajenar sus bienes (art. 61).

Con respecto al derecho de *familia* no puede legitimar por concesión real hijos que tuviere de otro (núm. 4.º del art. 125). El art. 52 de la ley

§ 38.—*El estado de familia*

Pacifici, Ist. II, pág. 103; Gianturco, Sist. I, pág. 212; Chironi, Ist. I, §§ 37-39; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 225; Coviello, Man. I, §§ 52-53; Zachariae, Man. I, § 79; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 67-68; Planiol, Traité, I, n. 642; Windscheid, Pand. I, §§ 56 a. 56 b; Regelsberger, Pand. I, § 70-73.

La relación en que la persona se halla en el grupo familiar con los demás miembros del mismo, constituye su estado de

de matrimonio civil le prohíbe publicar los escritos de que sea autora sin licencia del marido, o, en su defecto, de la judicial.

En *asuntos judiciales* no puede, sin licencia del marido, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador. No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil (artículo 60).

Capacidad.—En *situaciones normales* solo tiene capacidad, además de la intervención judicial apuntada para hacer testamento, ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos (art. 63) y comprar las cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia (art. 62). Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos sólo se convalidarán cuando el marido consienta a su mujer su uso y disfrute. Véase también para los bienes parafernales el art. 1.383.

En *situaciones anormales* es mayor la capacidad de la mujer casada. A los que se unen en matrimonio sin licencia o consejo, el art. 50 del Código civil les impone la separación absoluta de bienes y en su consecuencia la mujer retiene el dominio y *administración* de los que le pertenezcan y hace suyos los frutos si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A no ser que sean menores de edad porque entonces no reciben la administración de sus bienes y sólo tienen derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de aquellos.

Cuando se decreta judicialmente la separación de bienes a instancia de la mujer por interdicción del marido, cuando con arreglo al art. 220 sea tutora de éste, loco o sordomudo y cuando pida la declaración de ausencia se le transferirá la administración de todos los bienes del matrimonio (artículos 1.436 y 1.441).

Cuando el marido estuviere prófugo o declarado rebelde en causa cri-

familia. En este sentido, más restringido y común, suele decirse que el hijo de desconocidos carece de estado de familia; no carecen cuando tal concepto se entiende con mayor amplitud, abrazando toda condición jurídica de la persona considerada abstractamente respecto a la familia y, por tanto, cuando el estado no se pueda determinar sino de modo negativo por la ausencia de una relación familiar cualquiera.

minal, o si hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiere proveído sobre ella, los Tribunales conferirán la administración a la mujer con las limitaciones que estimen convenientes (art. 1.441, párrafo 4.º). En caso de separación por *haber sido declarado ausente* el marido o por divorcio motivado por éste, entrará la mujer en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido (art. 1.436, párrafo 2.º). Cuando el marido haya sido declarado pródigo, administrará la mujer los bienes dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal (artículos 225 y 1.443) pero en ningún caso podrá la mujer, durante el matrimonio, enajenar ni gravar, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación ni aquellos cuya administración se le haya transferido. La licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia o necesidad de la enajenación. Cuando ésta se refiera a valores públicos o créditos de Empresas y Compañías mercantiles, y no pueda aplazarse sin perjuicio grave e inminente del caudal administrado, la mujer, con intervención de agente o corredor, podrá venderlos, consignando en depósito judicial el producto hasta que recaiga la aprobación del Juez o Tribunal competente. El agente o corredor responderá siempre personalmente de que se haga la consignación o depósito referidos (art. 1.444).

El art. 63 del Código civil italiano que invoca el autor en el texto, corresponde al 45 del español. También en el nuestro resulta la mujer incapacitada para contraer matrimonio en edad más temprana que el hombre; pero en lo que a consentimiento atañe en España, se exige la misma edad para los dos.

Con el art. 57 del italiano concuerda el núm. 2.º del art. 45 de nuestro Código civil, con el 150 la causa 1.ª del 105, con el 763 los 665 y 666, con el 1.052 el 624 y con el 1.300 los 1.302 y 1.301.

Otro tanto de cuanto dice el autor respecto a la capacidad de la mujer en orden al derecho público ha podido decirse en España hasta época reciente (8 de Marzo de 1924); desde esa fecha en que por Real decreto se aprueba el Estatuto Municipal, hoy vigente, se ha concedido a las mujeres cabeza de familia el derecho de sufragio (art. 51) y el de ser elegidas (art. 84).

Cuando, como por regla general ocurre, ésta se da, su causa es el hecho de la generación, o sea el vínculo de sangre (parentesco) o el vínculo matrimonial o la relación que el matrimonio produce entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (afinidad) o el vínculo meramente civil que imita el parentesco de sangre (parentesco civil). Fuera de estas, la ley no reconoce otras causas que originen relaciones familiares, como, por ejemplo, el parentesco espiritual creado por el bautismo o confirmación, admitido por el derecho canónico; los antiguos vínculos de agnación sobre los cuales se hallaba organizada la *familia romana*, fundada en la *potestas* del *pater familias* independientemente del vínculo de sangre, no es hoy tomado en consideración luego que el vínculo de sangre superó y casi excluyó al agnaticio.

Parentesco.—Definido como el vínculo entre personas que descienden de un mismo ascendiente, el parentesco puede ser legítimo o natural, según que se origine de la generación en matrimonio o en la generación fuera de matrimonio. Extendido abstractamente hasta donde sea posible fijar la descendencia de un mismo ascendiente, no tiene valor legal, no se le atribuyen efectos jurídicos más allá del sexto grado (1) (art. 48), pero ni aun dentro de este límite son iguales los efectos, pues por las consecuencias jurídicas que del vínculo derivan, la ley suele detenerse en grados intermedios y diversos, según se trate de la

(1) El art. 48 del Código civil habla del décimo ya que hasta tal grado se extendía la sucesión legítima hasta 1916. Pero puesto que con Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916 la sucesión se redujo a los parientes hasta el sexto grado y puesto que más allá de este grado no hay otros efectos según la ley civil, es claro que en tal sentido debe interpretarse el Código. Creo que debe achacarse a olvido del legislador el no haber el citado Decreto modificado el art. 48 mientras fué corregida la dicción del art. 31, donde se hace referencia a parientes más allá del sexto grado.

En tal sentido ver Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 541. Me ha sido objetado por Messineo (*Arch. giur.*, Serie 4.^a, vol. VI, pág. 73 y siguientes) que el art. 48, por no haber sido modificado expresamente, debe quedar subsistente y el reconocimiento legal del parentesco admitirse hasta el décimo grado para otros efectos jurídicos que no sean los sucesorios (oposición al matrimonio, consejo de familia, etc.); creo que la demostración se halla viciada de una petición de principio.

obligación de alimentos, impedimentos matrimoniales, derecho de tutela, etc., y sólo para los efectos de la sucesión se llega al sexto grado.

a) *Parentesco legítimo*.—En él se distinguen dos líneas: una *recta*, que une a todos aquellos que descienden uno de otro; otra *colateral*, que une a aquellos que sin descender los unos de los otros tienen todos ascendiente común; la recta, a su vez, es *ascendente* si se eleva de la persona que se toma en consideración hasta el ascendiente a través de los que han sido engendrados directamente, o *descendiente* si se desciende del ascendiente (art. 50). Dentro de cada línea hay grados, es decir, generaciones sucesivas, y como toda generación (entendida, no en el sentido de persona engendrada, sino en el de acto de generación y, por tanto, como relación de padre a hijo) (1) forma un grado (artículo 49), así la serie de grados forma la línea (art. 50). Para determinar la proximidad de parentesco se numeran los grados; según la antigua regla tradicional *tot sunt gradus quot generationes* es menos próxima cuanto mayor es el número. Son parientes en primer grado el padre y el hijo, en segundo el abuelo con el nieto, en tercero el bisabuelo con el biznieto.

Si en la línea recta las generaciones no se dan más que en una sola dirección, en la colateral se dan en varias; deben en ésta numerarse las de cada línea en que se hallan las dos personas entre las cuales se ha de fijar la intensidad de la relación parental hasta elevarse al común ascendiente y sumarlas luego o, en otras palabras, elevarse de una de las personas hasta el ascendiente y luego descender a la otra persona. Son parientes en segundo grado los hermanos entre sí, en tercero el tío y el sobrino, en cuarto los primos hermanos, etc. (art. 51) (2).

(1) *Tot sunt generationes quot personae dempto stipite.*

(2) Diverso sistema sigue el derecho canónico en la línea colateral; si las dos personas distan igual del ascendiente (ejemplo, hijos de hermanos, hijos de primos) son entre sí parientes en el grado en que cada una dista del ascendiente (en segundo, los hijos de hermanos, en tercero, los hijos de primos) si distan desigualmente (por ejemplo, el tío y el sobrino) el grado viene determinado por aquel que une a la persona más distante con el ascendiente (el tío y el sobrino se hallan entre sí en se-

No influye en el grado, pero es tomado en consideración por la ley, el hecho que el parentesco se origine entre los varios descendientes por generación de uno solo o de ambos padres. Se distingue en la línea colateral el parentesco más estrecho de hermanos que tienen común el padre y la madre (hermanos germanos), el menos íntimo de los que tienen común sólo el padre (hermanos consanguíneos) o sólo la madre (hermanos uterinos); y se toma en cuenta, por ejemplo, cuando a los efectos de la tutela se exige la cualidad de germano (artículos 252-268) o a los de la sucesión se reduce a mitad la cuota correspondiente a los consanguíneos y a los uterinos, con relación a la que corresponde a los germanos (artículos 740-741).

b) *Parentesco legitimado*.—A más del parentesco legítimo, hay el natural, que es también de sangre, pero que se origina por generación fuera de justas nupcias. Puede transformarse en legítimo con tal que no se prohíba absolutamente el reconocimiento del hijo, o sea que no se trate de hijos adulterinos e incestuosos (art. 180).

Esta transformación de natural en legítima (legitimación) que atribuye al nacido fuera de matrimonio la condición de hijo legítimo con todos los efectos jurídicos que de esta condición derivan en las relaciones personales o en las patrimoniales (artículo 194), supliendo posteriormente el defecto o la falta de vínculo civil entre los padres de lo que derivaba la ilegitimidad del hijo. Se consigue esto con el subsiguiente matrimonio juntamente con el reconocimiento por parte de ambos padres que puede tener lugar en el acto mismo del matrimonio o precederlo o subseguirlo produciendo efecto desde la celebración del matrimonio, salvo el caso de que el reconocimiento sea posterior al matrimonio, en cuyo caso produce sus efectos desde el momento en que se hace (art. 197). Excepcionalmente cuando el matrimonio no sea posible pueden producirse los mismos efectos (art. 201), mediante una forma derivada de la romana legitimación *per rescriptum principis* que es la legitimación por

gundo, hallándose del ascendiente el tío en primer grado y el sobrino en segundo).

Real decreto con forme a un procedimiento particular (art. 200) con tal que el padre que la pide no tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de éste y si está unido en matrimonio, consienta el otro cónyuge (art. 198).

c) *Parentesco natural*.—Cuando no se da la legitimación, la generación no da lugar a una relación de parentesco, si no resulta *reconocida o declarada*.

Esto no es posible para hijos nacidos de personas de las cuales una solamente o las dos se hallaban ligadas por matrimonio con otra al tiempo de la concepción (adulterinos) o entre las cuales no era posible el matrimonio por existencia de vínculo de parentesco o de afinidad en línea recta hasta el infinito y en línea colateral en el segundo grado (incestuosos) (art. 180).

En todo otro caso se admite el reconocimiento, el cual puede ser hecho por el padre y por la madre conjunta o separadamente (art. 179) y puede realizarse en el acta de nacimiento (art. 181) o en acto auténtico anterior o posterior al nacimiento. Cuando el padre o la madre no lo hagan puede el hijo dirigirse contra ellos para obtener el reconocimiento de su cualidad de hijo; se admite, a más de un reconocimiento *voluntario*, un reconocimiento *coactivo* que tiene lugar en virtud de declaración judicial de modo que los hijos naturales y cuya paternidad o maternidad conste legalmente, son hijos reconocidos o hijos declarados; no hay diferencia entre ellos, ya que la sentencia en que se declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento (art. 192). Mientras el reconocimiento voluntario no halla otro límite fuera de la cualidad adulterina o incestuosa del hijo (art. 180), límite que se aplica también al reconocimiento coactivo (art. 193), la ley no otorga libremente al hijo acción para obtener la declaración de la filiación natural. Libremente la otorga tan sólo cuando se trata de la maternidad y bastará a tal fin que el hijo que reclama a su madre pruebe ser idénticamente el mismo que fué por ella dado a luz, excluyendo toda prueba testimonial, salvo el caso de que exista un principio de prueba por escrito o que las presunciones e indicios resultantes de hechos ciertos sean bastante graves (art. 190). Cuando,

por el contrario, se trata de la paternidad, la acción, por regla general no es concedida; el principio acogido es que la investigación de la paternidad no está admitida.

Las razones son que la paternidad, como hecho que queda siempre envuelto en el misterio, no se puede probar de modo pleno si no sólo basándose en presunciones e indicios y por esto se creyó necesario para la paz de las familias y para evitar las artimañas de las mujeres de costumbres libres contra hombres pudientes elegidos por ellas para padres de su prole, para impedir frecuentes y escandalosos procesos, establecer una prohibición absoluta de investigación de la paternidad (1). Excepcionalmente sólo es consentida ésta en dos casos: cuando ha habido raptó o estupro violento y el tiempo de estos corresponde al de la concepción (art. 189). La filiación reconocida por declarada no da lugar en cuanto al parentesco a todos los efectos que produce la legítima o la legitimada. Produce un efecto estrictamente personal, crea una relación de parentesco sólo entre el hijo y el padre que lo ha reconocido (artículos 182, 183 y 185) y crea relaciones sólo entre ellos (artículos 186, 187, 743 y 744) y a lo sumo entre el padre natural y los descendientes legítimos o legitimados del hijo (artículos 186, 748); pero no con los demás parientes de aquél (art. 749), incluso cuando la relación de filiación natural venga tomada en consideración, ya a los efectos sucesorios (artículos 744 y siguientes), ya con referencia a impedimentos matrimoniales (artículos 58 y 59).

(1) Como es sabido, contra esta prohibición existe un amplio movimiento que tiende a la abolición del mismo y si no a la admisión de la libre e incondicionada indagación de la paternidad, sí a la ampliación de los casos en que debe ser admitida. Numerosos proyectos de ley se han ideado sin que todavía la reforma universalmente reclamada se haya verificado. Recordamos, entre otros, los de Gianturco, Zanardelli y el último de Scialoja presentado al Senado el 22 de Febrero de 1910 (*Atti Parlam. Sess. 1909-910*). El esquema de proposición más reciente es el hecho por el Círculo jurídico de Nápoles; propugna la libertad de investigación, a más de en los dos casos previstos de raptó y estupro violento, en los de seducción fraudulenta, confesión escrita del padre, concubinato notorio, posesión del estado de hijo (ver De Ruggiero, *Sulla vicerca della paternità*, Relazione, Napoli, 1914.

II. *Afinidad*.—La causa del vínculo de afinidad radica en el matrimonio, no en la generación que de éste deriva. Ni ciñe, como podría creerse, a los dos que se unen en matrimonio, puesto que entre cónyuge no hay ni parentesco ni afinidad (I), sino sólo a un cónyuge con los parientes del otro (art. 52) de modo que recíprocamente cada uno de los cónyuges es afín de los parientes del otro. Podemos adquirir vínculos de afinidad con el matrimonio nuestro o con el de las personas que son parientes nuestros, puesto que así venimos a ser afines del cónyuge con que nuestro pariente contraiga matrimonio. Pero la relación es siempre estrictamente personal, y como no se comunica entre parientes de un cónyuge y parientes del otro, así tampoco se comunica de un cónyuge o otro.

No tiene la afinidad grados propios ni podría tenerlos y para distinguir la mayor o menor proximidad se recurre a los grados y a las líneas del parentesco, de modo que en la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente de un cónyuge es afín del otro (art. 52). Sólo en tal sentido puede hablarse de una línea recta de afinidad en que se puede ser afines en el primer grado (el suegro y la suegra con la nuera o con el yerno; el hijo con el cónyuge de segundo matrimonio: padrastro o madrastra); en el segundo grado (el marido con los abuelos de su mujer; ésta con los abuelos del marido), etc., o de una línea colateral en que se puede ser afín en segundo grado (hermanos y hermanas de un cónyuge con el otro: cuñados); en tercero (los tíos de un cónyuge con el otro), etc.

Más allá de los límites indicados en la citada definición no hay vínculo de afinidad. En otros términos, no hay afinidad entre los parientes de un cónyuge y los parientes de otro (por ejemplo, los hermanos de la mujer no son afines de los hermanos del marido), ni hay tampoco afinidad entre los afines propios de un cónyuge y el otro cónyuge (las mujeres de dos her-

(1) Los jurisconsultos romanos definieron este vínculo que es el más íntimo entre todos como afinidad (Tr. Vat. 302 *Excipiunt et ad finium personae ut socer socrus gener norus vir et uxor sponsus et sponsa*) incluso aquel entre esposos (después de celebrados los esponsales) que era más fuerte que en nuestros días.

manos no son afines entre sí), por la regla tradicional *adfines antes se non sunt adfines*.

Sin embargo, si bien fundada exclusivamente en el matrimonio la afinidad no cesa con la muerte del cónyuge de que deriva aunque del matrimonio no haya habido prole (art. 52), salvo algunos particulares efectos en los casos establecidos en la ley como el del art. 140, según el cual cesa en la obligación de alimentos entre suegro y suegra y yerno o nuera, cuando hayan muerto el cónyuge y los hijos o los descendientes de éstos.

III. *Parentesco civil*.—Cuando falte la descendencia de sangre puede artificialmente crearse, merced a la institución de la adopción, con la cual la ley permite tomar como hijo a un extraño, supliendo así la falta de una familia propia. Se crea por ella entre el adoptante y el adoptado una relación de parentesco civil, que imita al de sangre, colocando al hijo en la misma condición jurídica que si hubiere nacido del legítimo matrimonio.

Por esto no se consiente sino a las personas de uno y otro sexo que no tengan descendientes legítimos ni legitimados y hayan cumplido cincuenta años y superen en diez y ocho años por lo menos la edad del adoptado (art. 202) y éste debe haber cumplido los diez y ocho años (art. 204) y no ser hijo natural del adoptante (art. 205), para que no se eluda el deber de reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, o peor aún, para que no sea burlada la prohibición de reconocimiento de la paternidad o maternidad cuando se trate de filiación adulterina o incestuosa.

Pero no se extingue el parentesco de sangre que liga al adoptado con su familia originaria (art. 212) ni por otra parte la relación de parentesco civil se extiende más allá de quien adopta y es adoptado; del mismo modo que la familia de éste es extraña al primero, así también la familia del primero es extraña a éste (art. 212), salvo solamente sus efectos para los impedimentos matrimoniales (art. 60) (1).

(1) En la legislación para pensiones de guerra es notable la asimilación que se hace de la relación de parentesco civil a la especial derivante de la crianza y manutención de niños huérfanos o abandonados; el artículo 18 del Decreto-ley de 27 de Octubre de 1918 dispone que a falta

Cuales sean propiamente los efectos de la relación familiar, se verá al tratar de los derechos de familia y de los derechos de sucesión. Aquí basta advertir que sólo el vínculo conyugal (1) y el parentesco legítimo, legitimado o civil crean los poderes familiares; en los derechos de sucesión legítima, en la recíproca obligación de alimentos, en los derechos de tutela, en los impedimentos matrimoniales actúan diversamente éstas y otras razones de parentesco natural y de afinidad, esta última no influye en los derechos de sucesión (2).

de padres, hermanos, hermanas, puede obtener la pensión de guerra quien demuestre haber recogido, mantenido y educado como hijo hasta la mayor edad o hasta que hubiera sido llamado a las armas, un muchacho huérfano o abandonado que siendo soldado haya muerto en la guerra. Es como una especie de reconocimiento parcial de la *adopción de hecho* tan corriente en las clases populares.

(1) Ver L. 7, C. 659. *Adfinitatis jure nulla successio promittitur.*

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—El Código civil español en su art. 954, reformado por Real decreto de 13 de Enero de 1928, limita los efectos del parentesco en la sucesión intestada al cuarto grado; dándole la máxima extensión en el art. 294 en el que llama a formar parte del Consejo de familia a los parientes más próximos del menor o incapacitado sin fijación de límite.

El art. 50 del Código italiano citado en el texto concuerda con los artículos 916 y 917 del Código civil español (sobre parentesco legítimo).

El art. 49 del Código italiano con el 915 del español (sobre determinación de grados).

El art. 61 del italiano con el 918 del español sobre computación de grados en el parentesco de línea colateral.

No se da en nuestro Código la exigencia de los artículos 252 al 268 del Código italiano sobre que sean germanos los hermanos sino una simple preferencia respecto de los consanguíneos o uterinos (véanse artículos 211 y 220 del Código civil español).

Los artículos 740 y 741 del italiano corresponden al 949 del español que se refiere a los efectos del parentesco de vínculo doble o sencillo en materia de sucesión.

Según el art. 119 del Código civil español sólo pueden ser legitimados los hijos naturales (ver artículos 180 y 195 del Código civil italiano citados en el texto).

El 194 del Código civil italiano concuerda con el art. 122 del español.

La legitimación por subsiguiente matrimonio en el Código civil español (art. 123) produce todos sus efectos, *en todo caso*, desde la fecha del matrimonio. Requiriéndose el reconocimiento del hijo natural bien sea antes o después de celebrado (art. 121 del Código civil español). Ver artículo 197 del Código italiano.

El art. 201 del Código civil italiano corresponde al 120, núm. 2.º del español que admite la legitimación por Concesión Real. El procedimiento para la legitimación por Concesión Real es el regulado por Real decreto de 17 de Abril de 1890. En cuanto a las condiciones para que este

§ 39.—*La sede jurídica de la persona*

Brugi, Ist. § 12; Pacifici, Ist. II, pág. 155; Gianturco, Sist. I, pág. 205; Chironi, Ist. I, § 40; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 237; Coviello, Man. I, §§ 54-55; Zachariae, Man. I, §§ 80-85; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 141-146; Planiol, Traité I, número 554, Windscheid, I, § 36; Regelsberger, Pand. I, § 74.

La importancia que tiene para una gran parte de relaciones jurídicas de la persona, la sede jurídica de la misma requiere

sistema de legitimación tenga lugar, el art. 198 del Código italiano concuerda con el 125 del Código civil español.

El art. 180 del Código civil italiano, referente a reconocimiento de hijos, concuerda con los artículos 119, párrafo 2.º y 129 del Código civil español que establece idéntica limitación que el italiano al fijar el concepto de hijos naturales, únicos que pueden ser reconocidos; pero admitiendo el reconocimiento por uno solo de los padres con la presunción de hijo natural en el caso del art. 130 y con la prohibición de revelar el nombre de la persona con quien se hubiere tenido (art. 132) es posible en nuestra legislación, prácticamente, el reconocimiento de hijos en quienes no concorra la condición de naturales cuando el que los reconozca tuviera capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción de los hijos.

El art. 179 del Código italiano concuerda con el 129 del español, el 181 con el 131, admitiendo nuestro Código civil en sus artículos 135 y 136, el reconocimiento coactivo (ver art. 192 del italiano).

El art. 190 del Código italiano concuerda con el 136 del Código civil español, pero no existe en nuestra legislación limitación en cuanto a la prueba utilizable.

En el Código civil español se admite con más amplitud que en el italiano la investigación de la paternidad (véase art. 189 del italiano y 135 del Código civil español).

Los artículos 182, 183 y 185 del Código civil italiano confrontan con el 134 del español; y los 186, 187, 743 y 744 del italiano, con los 154, 143, 840, 841, 842, 846, 939, 940, 942 y 944 del Código civil español.

Los artículos 186 y 748 del italiano con los artículos 843 y 941 del español.

Los 744 y siguientes y 58 y 59 del italiano con el 84 del español.

Los efectos de la afinidad en nuestro Código civil se reducen a causar impedimento matrimonial en la extensión del art. 84, a llamar a los maridos de las hermanas vivas a integrar el Consejo de familia y a que los afines en segundo grado del Notario autorizante sean inhábiles para testificar en los testamentos (artículos 681 y 682).

Según nuestro Código civil, el adoptante ha de tener, por lo menos, cuarenta y cinco años y quince más que el adoptado, debiendo estar en el pleno uso de sus derechos civiles (art. 173) y no comprendido en las prohibiciones del art. 174. Admite nuestro Código la adopción de menores de edad si media consentimiento de las personas que habrían de darlo para su casamiento. En todo caso se exige autorización judicial (art. 178). El artículo 205 del Código civil italiano exige que el adoptado no sea hijo natural del adoptante; en el español no se establece esa limitación pero

que la ley la determine y discipline. Influye, en efecto, directamente el lugar en que la persona tiene su sede en la determinación de aquél en que debe constituirse la tutela (art. 249) o abrirse la sucesión (293), en el que deben hacerse las publicaciones matrimoniales o celebrarse el matrimonio (artículos 71, 93) en el que debe seguirse el procedimiento para la adopción (artículo 213) o verificarse el pago de las obligaciones (art. 1.249); es elemento importante para la adquisición o pérdida de la ciudadanía (ley de 13 de Junio de 1912, artículos 3.º, 4.º, 8.º, 12, 14, 16) para la presunción de ausencia (art. 20); es decisivo para las notificaciones judiciales o extrajudiciales y, en general, para la determinación de la competencia en los juicios (artículos 39, 90, 96, 139 del Código de Procedimiento civil). Y no sólo a los efectos civiles o procesales tiene importancia, sino, además, para aquellos otros de naturaleza pública o política en las relaciones, como es, por ejemplo, el derecho de voto, socorro en casos de indigencia o enfermedad, contribución a las cargas e impuestos, etc. (1).

La disciplina es materia del Código civil. Otras leyes especiales por efectos que trascienden de las relaciones civiles o procesales y que aquí no deben ser consideradas, la regulan en ocasiones de modo diverso.

La relación en que todo hombre se hálle con un lugar, puede ser más o menos intensa por la suma de los negocios e intereses que lo ligan a aquél y más o menos duradera en el tiempo; puede ser una relación de hecho y de persona en cuanto alguien se

es doctrina corriente en los autores que los hijos naturales no pueden ser adoptados porque la facultad de reconocerlos excluye la de adoptarlos. Igual disposición a la del art. 212 del Código italiano referente a la conservación de los derechos que al adoptado corresponden en la familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad, se contiene en el apartado último del art. 177 del Código civil español. En el Código civil español el efecto de la adopción entre el adoptante o el adoptado con los parientes del otro, es el de producir impedimento matrimonial (números 5.º y 6.º del art. 84).

(1) En el campo del derecho público se dan como relaciones particulares de la persona con el lugar, el domicilio político, el domicilio de socorro; ver Bähr, *Wohnsitzrecht und Heimatsrecht*, *Ihering's Jahrb* XXI, página 343 y siguientes.

datenga allí más o menos tiempo o una relación de derecho, constituida por relaciones jurídicas que se den en un determinado lugar unida o no con la permanencia de la persona en el lugar. Se puede demorar en un lugar transitoriamente y se puede vivir en él de un modo estable o no demorar, pero tener en él la suma de los propios intereses.

El derecho debe tomar en consideración esta variedad de situaciones y nuestra ley considera, en efecto; si en vía abstracta es una la sede jurídica de la persona y, por regla general, donde tiene el centro de sus negocios y el conjunto de sus relaciones patrimoniales y familiares. Allí tiene también su sede personal, no puede menos de considerarse que ésta puede trasladarse del lugar y no coincidir con aquel centro (como ocurre frecuentemente).

Surge así consecuencia de una lenta evolución de conceptos, que arranca de la teoría romana del *domicilium*, la triple distinción acogida en nuestro Código, de *domicilio*, *residencia* y *permanencia*, cada una con particular eficacia o mejor una esfera independiente de eficacia, pudiendo darse el caso que una sola persona tenga el domicilio, la residencia y la permanencia en tres lugares distintos.

I. *Permanencia*.—Es la relación más ténue de mero hecho de la persona, con un lugar que la ley toma en consideración; es «el lugar en que una persona que no reside allí de modo estable, habita actualmente y permanece». Es, pues, un hecho transitorio que no se confunde con la momentánea y fugacísima presencia de una persona en un lugar por algún momento (el que viajando atraviesa una ciudad); un cierto elemento de relativa estabilidad hay en la permanencia que implica la idea de detenimiento por algún tiempo en un lugar (*morari*). Su importancia es mínima y subordinada en cuanto que por regla general no produce efecto, sino cuando se ignora la sede más estable de la persona. Así, por ejemplo, para la demanda en juicio o para determinar la competencia de la autoridad judicial en las acciones personales y en las reales sobre bienes muebles, no se recurre a la permanencia, sino cuando el domicilio o la residencia no sean conocidos (Código de Procedimiento civil, artículos 90, 136).

II. *Residencia*.—La estabilidad que falta en la permanencia, constituye el elemento esencial de la residencia. Ella es el lugar de la sede estable de la persona, o como dice la ley, «el lugar en que la persona mora habitualmente» (art. 16). Sede estable pero no perpetua y continua, porque como se adquiere fijando en un lugar la propia vida no se pierde o no cambia por alejarse temporalmente del lugar. Es, como la permanencia, una relación de hecho en el sentido que no crea un vínculo de derecho entre la persona y el lugar, como ocurre en el domicilio. Pero a diferencia de la permanencia, que se funda tan sólo en un elemento externo, la estancia en un lugar, la residencia se funda en un elemento doble, uno de hecho, que consiste en establecer la sede en un lugar; el otro, intencional o subjetivo, que consiste en la voluntad de establecerla en él de modo permanente. Y si por regla general no se advierte la existencia del segundo elemento, es porque la intención se confunde con el hecho, y así como la residencia se fija morando establemente en un lugar, se pierde cesando de morar habitualmente en el mismo.

Por esto es mayor la consideración en que la ley toma esta relación de hecho frente a la otra que no es permanente. A menudo la equipara al domicilio, que es la sede jurídica por excelencia, no ya en el sentido que una figura se confunda con la otra, sino el de que cuando la residencia de la persona no coincide con el domicilio, se pueda alternativamente—en cuanto a los actos que deban realizarse en un lugar determinado o las consecuencias jurídicas que se enlazan con un lugar determinado—, considerar uno u otra. Así sucede en la presunción de ausencia (art. 20), su declaración (art. 23), celebración del matrimonio (artículo 93), determinación de la competencia territorial en los juicios (Código de Procedimiento, artículos 90, 107). En algunas ocasiones, entre ambos lugares, tiene predominio la residencia sobre el domicilio, como sucede en las publicaciones matrimoniales (art. 71) o en las notificaciones de citaciones (Código de Procedimiento civil, art. 139). Por regla general, cuando deba darse a una o a otra la preferencia, lo declara una expresa disposición. De lo que resulta, contrariamente a lo que suele afirmarse, que no hay una gradación del domicilio a la residencia y de ésta

a la permanencia. La función de las dos primeras es concurrente e independiente, quedando subordinada a ellas la de la permanencia.

III. *Domicilio*.—Si la permanencia y la residencia son ambas relaciones de hecho de la persona con el lugar, relación jurídica es el domicilio que constituye un vínculo de derecho entre la persona y el lugar.

Reposa también ella en un elemento de hecho, y éste es producido por la circunstancia de tener alguien en un lugar el centro de los propios negocios e intereses. Pero tal elemento se halla integrado por otro que es de derecho y que convierte la relación de hecho en relación jurídica, haciéndola independiente de la necesidad de la presencia efectiva en aquel lugar; la persona, por razón de los intereses que allí se concentran y que determinan el desenvolvimiento de sus actividades todas, se reputa por la ley, continuamente presente en aquel lugar, aunque esté alejada de modo permanente o habite allí sin intención de permanecer de un modo estable. Se destaca, pues, en el concepto del domicilio la idea de la presencia de la persona o de estabilidad de su permanencia en el lugar, del hecho de localizarse y concentrarse en éste la suma de sus intereses y este último solamente es tomado en consideración para determinar la sede jurídica de la persona (1) (2).

(1) Ver Carnelutti, *Note critiche intorno ai concetti di domicilio residenza e dimora* (*Arch. giur.* N. S. IV. 1905, pág. 393 y siguientes) y en *Studi di Dir. civ.*, Roma 1916, pág. 3 y siguientes; Brunetti, *Domicilio civile residenza dimora* (Filang, 1912, pág. 481 y siguientes); Battista, *Del domicilio e della residenza*, Napoli, 1914 (*en Dir. civ. it. del Fiore*) No faltan escritores que censuran nuestro sistema por haber disociado en varias figuras el concepto unitario del domicilio, Mortara, *Comm. pr. civ.* II, 109, página 220; Ferrara, *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 550.

(2) Los conceptos expuestos en el texto ahora y más adelante, son combatidos por Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 552, el cual discute que permanencia y residencia sean meras *res facti* y el domicilio una *res iuris* niega que el domicilio sea un puro concepto de derecho en cuanto que la persona se presume siempre presente en aquel lugar y combate la exigencia del elemento intencional en tales relaciones locales. Todas, permanencia, residencia, domicilio, son en su concepto relaciones jurídicas, la

A este moderno concepto del domicilio responde la definición dada por el Código en el art. 16: «El domicilio civil de una persona está en el lugar en que tiene la sede principal de sus negocios e intereses». La cual, si bien deriva de las fuentes romanas, no reproduce el concepto romano del *domicilium*. Ya que—nótese bien—*domicilium* era para aquel Derecho el lugar libremente elegido por un individuo para permanecer en él de un modo estable, y, por tanto, centro también de sus relaciones jurídicas y sus negocios (1); por esto se hablaba de una intención de permanencia en la persona, como aparece en el pasaje importantísimo que habla de esto: *Et in eo domum loco singulos habere domicilium non ambigetur, ubi quis larem rerumque ac fortimarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit peregrinari iam destitit* (2). Faltaba la actual contraposición entre domicilio y residencia, cuya utilidad es dudosa y cuya antítesis teórica da lugar en la práctica a incertezas y dificultades que pudieran ser más graves y frecuentes si el legislador no hubiera equiparado la eficacia de ambas sedes (3).

Del carácter especial que el concepto de domicilio asume en nuestra ley resulta que en el Derecho italiano el domicilio ha de ser único para cada sujeto. Los romanos admitían que algunas personas podían tener varios (4) si tuviese varios lugares como

presunción de presencia de la persona en el domicilio, sería una invención de los intérpretes y las citadas relaciones vendrían establecidas independientemente de la intención del agente. No comparto la opinión de Ferrara; pero no es este lugar a propósito para razonar mi disentiimiento.

(1) Savigny, Sistema VIII, pág. 62; Ferrini, Pand. núm. 69, pág. 94.

(2) L. 7. § 1. C. 10. 40 (39); ver también Alfeno Varo, fr. 203. D. 50, 16: *Sed de ce re constitutum esse cam domum unicuique nostrum debere existimari ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset.*

(3) Por ello el legislador alemán ha suprimido la distinción fijando como concepto de sede jurídica el del lugar en que la persona reside permanentemente (Vohnsitz B. G. B. § 7).

(4) Ulpiano, fr. 6 § 2. D. 50. 1. *Viris prudentibus placuit suobus lo eis posse aliquem habere domicilium, si utrubique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur*; pero téngase presente que esto no fué admitido sino después de grandes vacilaciones, sosteniendo algu-

centros igualmente importantes de los propios negocios y repartiéndose su residencia entre todos; pero hoy que el domicilio es casi una abstracción jurídica que hace presumir siempre presente la persona en el lugar que es el centro principal de sus negocios, la pluralidad de domicilios está excluida, y en la duda será una cuestión de hecho el averiguar cuál entre varios centros será el principal para la persona (1). Y del mismo modo que los romanos admitieron la carencia absoluta de domicilio (2), en nuestro Derecho se excluye tal posibilidad, ya que de una parte un domicilio originario lo tiene siempre cada uno elegido libremente por él o le es asignado por la ley; de otra, que el primero no puede ser abandonado, sino cambiándolo, sustituyéndolo por otro, porque nuestra ley no conoce el abandono de domicilio sin fijarlo en otro lugar. Donde puede parecer que no se halla domicilio, se trata en realidad de domicilio desconocido, y a cuyo caso proveen las disposiciones que autorizan a recurrir a la residencia (3).

nos que entre dos centros igualmente importantes ninguno de ellos se podía considerar domicilio (ver por ejemplo Paulo fr. 5. D. *Labeo indicat eum qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere referet pluribus cum incolam esse aut domicilium habere: quod verius est*, otros que para dar la preferencia a uno u otro había que consultar la intención (ver Ulpiano, fr. 27. § 2. D. *Celsus libes primo digestorum tractat siquis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat ex destinatione animi esse accipiendum ego dubito si utrobique destinato sit animo au possit quis duobus locis domicilium habere et verum est [posse] habere, licet difficile est*)

(1) En esta averiguación podrá tener importancia el hecho que en uno de los dos reside la persona establemente; si no reside en ninguno de los dos puede tenerla el saber en qué lugar se haya fijado primeramente el centro de sus negocios de modo que al surgir el segundo no hace perder al primero la cualidad ya adquirida.

(2) Sin embargo, este caso como el de la pluralidad era considerado raro, ver Ulpiano, fr. 27. § 2. D. 50. 1. *que modum diffici est sine domicilio esse quemquam puto autem et hoc procedere posse siquis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quoereus quo se conferat atque ubi constituat; nam hunc puto sine domicilio esse.*

(3) Algún escritor niega esto creyendo posible la falta absoluta de domicilio; Bianchi, que lo había afirmado e intentó demostrarlo en la primera edición de su Corso, ha cambiado de opinión en la segunda (IV, nú.

Dos son, por tanto, los momentos en que el domicilio debe ser tomado en consideración: el momento en que se fija por primera vez y aquel en que se cambia o se traslada.

La ley no dice cómo se establezca, pero de la naturaleza misma de la relación se deduce que son dos los modos: a), *por nacimiento*, se considera que cada uno tiene su domicilio, no en el lugar donde nació, sino en aquel en que el padre tenía su domicilio cuando nació, y éste suele designarse *domicilio de origen* (1); b), *por libre elección de la persona* que fija en un lugar (y puede ser también el de origen) la sede principal de sus negocios, eligiéndolo como su sede jurídica; éste es llamado *domicilio adquirido*.

El Código prevé y regula el caso de mutación, declarando (art. 17) que produce cambio de domicilio el traslado de la residencia a otro lugar con la intención de fijar allí la sede principal, y añadiendo que tal intención se prueba con la declaración hecha en la Oficina del estado civil del Municipio que se abandona y en aquella del Municipio en el que se fija el domicilio o con otros hechos que sirvan a manifestarla. Pero la hipótesis prevista es una sola (si bien sea la más normal y frecuente), la de que domicilio y residencia coincidan. Ahora bien; como estos lugares pueden ser diversos, puede afirmarse, en general, que a trasladar el domicilio precisan dos condiciones:

a) Una objetiva de hecho, que consiste en trasladar efectivamente el centro de los propios negocios a otro lugar.

mero 91) compartiendo la común; lo afirma hoy por el contrario argumentando de modo que no nos convence, Coviello, Man. I, pág. 165, núm. 1.

(1) O también simplemente *Ovigo* según el significado que el término romano asume en el derecho común. Adviértase que en derecho romano *Ovigo* tiene una significación diversa expresando la ciudadanía que la persona adquiere por el hecho de su nacimiento en una ciudad, en el derecho común se transforma en una ficción por la cual el domicilio se reputa ser el lugar en que al tiempo de su nacimiento se hallaba domiciliado el padre. Son, pues, *Ovigo* y *domicilium* en la teoría romana cosas muy distintas y sería absurdo hablar en ella de un *domicilium originis*. Véase sobre los conceptos de *domicilium* y *Ovigo* en ambos derechos el magistral trata de Savigny, Sis. VIII, § 350, y siguientes, pág. 41 y siguientes.

b) Otra subjetiva e intencional, que consiste en el propósito de fijar en aquel lugar la propia sede jurídica.

La intención o propósito por sí sola no bastaría sin ir acompañada del efectivo traslado de la sede (1), y no bastaría, por el contrario, si la residencia coincide con el domicilio, el solo hecho de trasladar aquélla, porque pudiera no darse la intención de cambiar de domicilio.

Pero la intención, como la ley misma admite, puede manifestarse, a más de por modo expreso (mediante la doble declaración antes dicha), por modo tácito, mediante hechos que, como el traslado de la residencia (si coincidía con el domicilio) o el establecimiento de un comercio en sustitución del que se ha abandonado, o la adquisición de bienes, sirven a probar claramente la voluntad de no mantener el antiguo domicilio. En definitiva, que las condiciones para el cambio de domicilio son abstractamente independientes del cambio de residencia, dada la diferencia conceptual e independencia de una y otra, de modo que así como puede darse (coincidiendo domicilio y residencia en un lugar) cambio de domicilio que sea consecuencia de cambio de residencia, así puede darse aquel cambio de domicilio sin un tal cambio de residencia, y tanto más puede ocurrir esto si domicilio y residencia no coinciden (2).

Aquel de que hemos hablado hasta aquí es el domicilio en su figura normal: un lugar libremente elegido por la persona como

(1) Se puede aplicar aquí el texto de las fuentes romanas, Paulo, fr. 20. D. 50. 1. *Domicilium re et facto transfertur, no nuda contestatione.*

(2) Se debe convenir en que nuestro legislador no ha estado afortunado al regular en el art. 17 el cambio de domicilio recurriendo a la residencia. La inovación teórica de nuestro Código encaminada a distinguir y separar los conceptos de residencia (sede efectiva de la persona) de domicilio (sede de sus negocios e intereses) queda obscurecida por la norma antinómica e ilógica en parte que compenetrando ambos conceptos hace valer como cambio de domicilio el cambio de residencia acompañado de la intención de fijar allí la sede principal de sus negocios e intereses. El art. 17 es un inconsciente retorno al concepto unitario del domicilio del Código francés (es, en efecto, una copia del art. 103 de aquél y desentona en el sistema del Código italiano que obliga a esforzarse para coordinarlo con el art. 16).

centro de los propios negocios y erigido en sede jurídica.

Contra ésta, que es voluntaria, la sede puede para algunas personas ser asignada por la ley misma de modo necesario, sustrayendo su determinación a la libre voluntad del individuo, y contra aquella que es el centro general de los negocios y se considera como sede para todas las relaciones jurídicas puede darse en la persona misma una sede que sea especial para una o más relaciones determinadas (1).

Se distingue así del *domicilio voluntario* un *domicilio necesario*, y del general uno *especial* o *electivo*.

El domicilio necesario no dependiente de la libre voluntad se da sólo en algunas personas determinadas cuando una relación de poder o dependencia de una persona a otra no consiente que la primera tenga una sede diversa de la de aquella a quien está sometida. Los casos previstos por la ley (art. 18), no extensivos por analogía, son los de la mujer a quien se señala el domicilio del marido, si no se halla legalmente separada, y que lo conserva viuda aún, si no ha adquirido otro; del menor no emancipado, que tiene el del padre o de la madre o del tutor, si faltan ambos padres o hayan perdido su potestad; el sujeto a interdicción tiene el del tutor. No rige ya el caso admitido por el Derecho romano (l. 8. C. 10, 40 [39]) de domicilio necesario del funcionario en el lugar en que ejerce su oficio, ni el del esclavo que tenía el de su dueño.

El domicilio especial es el que la persona elige para uno o varios actos determinados, ya lo elija espontáneamente (art. 19), ya suponga su elección para un determinado acto la norma particular, y puede ser elegido libremente, salvo que la norma determine ella misma el lugar, sustrayéndolo así a la elección de la persona (así, por ejemplo, para las oposiciones al matrimonio, art. 88; para las inscripciones de hipotecas y anotaciones relativas, artículos 1.987, 1.994, etc.), ni tiene valor aquí la limitación del domicilio general, que no puede ser sino único; pueden haber

(1) Adviértase que la ley habla en ocasiones de domicilio en sentido no técnico, designando con esta palabra el lugar de habitación de la persona (art. 133 del Código civil; 157, 158 del Código penal).

varios domicilios especiales cuantos sean los actos en que se hace elección. Una limitación importante ha introducido la ley, y es que la elección debe ser hecha por escrito.

Esta elección puede ser hecha de dos maneras: indicando genéricamente el lugar (ciudad, Municipio, etc.), o añadiendo el nombre de una persona o de un oficio, en cuya casa o lugar donde el oficio se realiza se elige el domicilio; y con doble efecto para la determinación de la competencia judicial o para la notificación de los actos que el negocio se refiere (Código de Procedimiento civil (artículos 95, 40, 140) (1)).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Sede jurídica de la persona. El art. 249 del Código italiano concuerda con el 63 de la ley española de Enjuiciamiento civil, regla 17, referente a la competencia de los Tribunales para constituir la tutela. El 293 con el 63, reglas 5.^a, 6.^a y 7.^a de la ley de Enjuiciamiento civil sobre competencia de los Tribunales en materia de sucesiones.

Los artículos 71 y 93 del Código italiano corresponden a los artículos 86, 87, 89 y 100 del español.

El 243 del italiano con la regla 16 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil española referente al lugar para adoptar.

El 1.249 del italiano referente al lugar del pago de las obligaciones, concuerda con el art. 1.171 del Código civil español.

Con respecto a la adquisición y pérdida de la ciudadanía, véanse los artículos 21 y 26 del Código civil español y el Real decreto de 6 de Noviembre de 1916.

El 20 del italiano con el 181 del español.

Los artículos 39, 90, 96 y 139 del Código de procedimiento civil italiano confróntense con los artículos 62 al 70 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La permanencia en el sentido en que la entiende el Código italiano, puede equipararse a la residencia no habitual que surte algunos efectos en el derecho privado español (véanse, entre otros, los artículos 58, 87, 89, 91 y 297 del Código civil español). El párrafo 2.^o del art. 69 de la ley de Enjuiciamiento civil admite los efectos de la permanencia en cuanto al ejercicio de acciones contra los que no tengan domicilio ni residencia fija.

Confróntese el art. 16 del Código civil italiano citado en el texto con el 40 del español y nótese que es equivalente el concepto que de residencia tiene el Código italiano al que el nuestro tiene del domicilio.

Los artículos 20 y 23 del italiano compárense con el 181 del español en el que se hace referencia expresa a domicilio. El 93 del italiano concuerda con 87 de nuestro Código civil si bien en este se hace referencia al lugar del domicilio o al de residencia.

El art. 62, párrafo 4.^o de la ley de Enjuiciamiento civil española para determinar la competencia territorial en los juicios en que se ejerciten acciones mixtas, habla de domicilio; compárese con los artículos 90 y 107 del Código de procedimiento civil italiano que se invocan en el texto.

En nuestro Código civil (art. 89) no se da la preferencia que se expresa en el italiano (art. 71) a efecto de proclamas matrimoniales que deban

§ 40.—*Extinción de la capacidad. Ausencia*

Brugi, Ist. § 9; Pacifici, Ist. II, págs. 29, 184; Gianturco, Sist. I, § 31; Chironi, Ist. I, § 41; Chironi y Abello, Tratt. I, págs. 178-253; Coviello, Man. I, §§ 46, 56-58; Crome, Par. gen., pág. 119; Zachariae, Man. I, §§ 41, 86-100; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 2, 147-161; Planiol, Traité, I, núm. 371 y siguientes, 611 y siguientes; Windscheid, Pand. I, § 53; Fadda y Bensa, Ibi. págs. 720-731; Regelsberger, Pand. I, §§ 59-61.

I. *Muerte*.—De las varias causas que en las legislaciones antiguas podían dar lugar a la extinción de la capacidad jurídica, sólo una subsiste en nuestro derecho: la muerte. Es ésta el fin de

practicarse en los pueblos en que hubiesen *residido* o estado *domiciliados* los contrayentes.

La ley de Enjuiciamiento civil española en su art. 264 se refiere únicamente a domicilio (art. 139 del Código de procedimiento italiano).

El concepto de domicilio en el Código civil español se encuentra fijado en el art. 40 diciendo que es «el lugar de su residencia habitual». Pero no determina nuestro Código en qué consiste la habitualidad de la residencia determinante del domicilio.

Abundantísima es la jurisprudencia referente a este extremo y de ella ha deducido el Sr. Sánchez Román (Estudios de Derecho civil, tomo 2.º, página 373) la siguiente regla: «deberá entenderse por residencia habitual la que resulte de la inscripción en el Padrón municipal siempre que de hecho no exista y se acredite otra que sea contraria a la que aquella inscripción haga presumir; pero prevalecerá la prueba del *hecho* de la residencia habitual cuando sea contradictoria de la inscripción».

El Código español no establece reglas referentes al cambio de domicilio, el cual habrá de ser objeto de prueba en cada caso concreto según la regla indicada anteriormente. Únicamente se refiere en cierto modo a este problema en el art. 15 pero precisa no olvidar que no es lo mismo domicilio que vecindad civil ya que este concepto está determinado por las diferentes legislaciones civiles que coexisten en nuestra patria, causando efectos independientes de los que derivan de la residencia habitual.

De los artículos 40 y 41 del Código civil español pueden deducirse como lo hace Castán (Derecho civil español común y foral. Editorial Reus, Madrid 1925, tomo I, pág. 87) las siguientes clases de domicilio: real o voluntario, legal o necesario y especial o de elección; y además las especialidades del domicilio de los diplomáticos y del de las personas jurídicas.

La ley española de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 64, 65, 67 y 68 señala el domicilio legal de la mujer casada, del menor sujeto a potestad, del sujeto a tutela, de los comerciantes, de los empleados y de los militares. Compárense los artículos 18 del Código italiano y el 67 citado de la ley española de Enjuiciamiento civil y nótese cómo el domicilio necesario del funcionario es admitido en nuestra legislación.

la persona física, y con la desaparición del sujeto cesan todos los derechos que iban unidos al mismo; pero mientras unos se extinguen completamente, otros se transmiten a sus sucesores o quedan en suspenso en espera de que un heredero subsista en las relaciones del difunto.

Luego de la muerte no puede hablarse ya de persona y de sujeto, y no puede hablarse aun cuando el Derecho consienta la tutela jurídica de la memoria del difunto (artículos 144 y 400 del Código penal), o bien en algunas circunstancias particulares se haga abstracción de la muerte ocurrida, admitiendo la validez de algunos actos en relación con el difunto. Esto sucede en algunas instituciones y en base de un proceso muy análogo al que tiene lugar con respecto al concebido, ya que, así como para éste se anticipa el momento del nacimiento haciéndose retrotraer el comienzo de la existencia al momento de la concepción, así también para el difunto se considera su muerte como no ocurrida para hacer posibles algunos actos que le atañen de modo directo o indirecto, con esta sola diferencia: que mientras la ficción de vida para el no nacido se admite sólo *quotiens de com-*

El domicilio de elección no está definido en nuestro Código civil pero sí admitido en la jurisprudencia radicando su fundamento en la facultad de las personas para establecer en sus convenciones las cláusulas que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a las leyes ni a las buenas costumbres. El Código no señala la forma en que la elección debe hacerse, en cambio la ley de Enjuiciamiento exige en su art. 264 que sea por escrito. El doble efecto de la elección del domicilio (Código italiano de procedimiento civil, artículos 95, 40 y 140 citados en el texto, párrafo último del capítulo) se observa también en nuestra legislación. Véanse artículos 62 y 264 de la ley de Enjuiciamiento civil.

A fin de completar el estudio de la sede jurídica de las personas, según el Código civil español, indicaremos las especialidades del domicilio de los diplomáticos residentes en el extranjero y de las personas jurídicas.

A. Domicilio de los diplomáticos residentes en el extranjero. Según el párrafo 2.º del art. 40, el domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad «será el último que hubieren tenido en territorio español».

B. Domicilio de las personas jurídicas. Lo señala el art. 41 por este orden: 1.º, el fijado por la ley, los estatutos o regla de la entidad de que se trate; 2.º, el del lugar en que se halle establecida su representación legal y 3.º, en el lugar en que ejerzan las principales funciones de su instituto.

modis eius agatur, la ficción se admite también para el muerto aun cuando el efecto le hubiera sido desfavorable en vida.

Bajo el primer aspecto son particularmente importantes dos casos: el de la legitimación de los hijos premuertos, autorizada por la ley concedida al padre natural para hacer adquirir a los descendientes de aquéllos la cualidad de legítimos (Código civil, art. 196), y el de la rehabilitación de la memoria del condenado cuando después de la condena por delito haya habido revisión del proceso criminal y anulación de la sentencia que recayó en el mismo y en el intervalo haya muerto el condenado; el Juez que entiende en el recurso y que declara la inocencia rehabilitará su memoria y, lo que es más notable todavía, en el proceso de revisión un curador especial (análogo al curador de vientre), nombrado por la Corte de casación, ejercitará todos los derechos del condenado (Código de Procedimiento penal (artículos 539 y 546), dejando a salvo en los herederos el ejercicio de la acción para obtener el resarcimiento de daños contra quien proceda y eventualmente el derecho a favor de los parientes más próximos para conseguir del Estado una reparación pecuniaria a título de socorro (artículos 531-532).

Bajo el segundo aspecto hay que recordar la disposición del art. 690 del Código de Comercio, que autoriza a declarar la quiebra de un comerciante, aunque haya muerto, con la sola limitación de que no haya transcurrido el año, y salvo el derecho del cónyuge, de los hijos y de los herederos a suplir al difunto en la formación del balance, en el examen de los libros y en el procedimiento de la quiebra.

Del mismo modo que de la vida, así también de la muerte debe suministrarse la prueba por quien funde o establezca su derecho en ella (art. 42), y la prueba se da con las actas del estado civil (artículos 350, 362, 385 y siguientes), y cuando éstas falten, con documentos y escrituras y con testigos (artículos 364 y 366).

II. *Presunción de muerte*.—Si no se ha probado la muerte con las actas del estado civil o con equivalentes, se considera como no ocurrida. Este es el ordenamiento del Código, que ha abolido las presunciones de muerte y no conoce la institución

de la declaración de muerte admitida en otros Códigos (1), por largo que sea el tiempo transcurrido desde el nacimiento de una persona que, por ausencia o desaparición, se ignora si existe todavía, aun cuando hayan transcurrido cien años (que otros derechos consideraban como máxima duración de la vida), nuestra ley no considera muerta la persona en este caso.

Ello da lugar a inconvenientes y dificultades prácticas. Como se verá en breve, el único remedio en tales casos es el recurrir al procedimiento de la declaración de ausencia, que regula solamente las relaciones patrimoniales, no las personales y familiares (como, por ejemplo, el matrimonio) que por lo demás es complejo y a menudo inadecuado en sus normas. La necesidad de una reforma del Código en este punto ha sido advertida siempre por la práctica y señalada por la doctrina, especialmente en los casos—por desgracia no infrecuentes—de grandes calamidades, como guerras, catástrofes telúricas, naufragios (2), en que

(1) La presunción y declaración de muerte es acogida como institución regular en el Código austriaco (§ 24, 112) y en el alemán (§ 13 y 19). Según aquél, se presume muerto el ausente cuando hayan transcurrido ochenta años desde su nacimiento y se ignore en diez años su paradero o independientemente del tiempo transcurrido desde su nacimiento se ignore durante treinta años su paradero o falte tres años si fué gravemente herido en guerra o se halló en un naufragio u otro accidente. Según el Código alemán, a la declaración de muerte se procede si han transcurrido diez años sin tener noticias del ausente o cinco si el desaparecido había cumplido los setenta años de edad o se trate de desaparecido en guerra o accidente si no se tienen noticias de él en un período de tres años; variando de uno a tres años el término según criterios particulares en los casos de naufragio. El término de cien años que algunos creen seguido por el derecho romano para fundar en él una presunción de muerte se refiere a materia muy distinta (cesación del usufructo de las personas jurídicas) ya que tampoco el derecho romano conoció presunciones de muerte (Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 772).

Cuando para otros fines (duración de un usufructo, de una renta vitalicia) se debe preventivamente calcular la vida de una persona, no sirven los términos de duración máxima de la vida humana que la vieja doctrina había establecido; se recurrirá a las tablas estadísticas de mortalidad compiladas por las oficinas de estadística y por las compañías de Seguros.

(2) Para el caso de naufragio hay una disposición en el Código civil

son muchas las muertes que no se pueden comprobar. Para remediar estos inconvenientes se ha intentado dictar disposiciones especiales con ocasión de una u otra calamidad, pero éstas, por su carácter contingente, por su propia intrínseca limitación, no fueron aptas para colmar la laguna del Código.

Un primer ejemplo de normas que introdujeron la presunción de muerte se tiene en las leyes de 2 de Julio de 1896 y 11 de Julio de 1904, relativas a los desaparecidos en la guerra de Africa; la presunción fué admitida en este caso, no para todos los efectos generales que de la muerte pueden derivar, sino únicamente con relación a la liquidación de la pensión correspondiente a las familias de los presuntos muertos y a la sucesión. Otro ejemplo lo constituye el Decreto de 17 de Enero de 1909 relativo a la comprobación de las muertes ocurridas en el terremoto de 28 de Diciembre de 1908; los efectos aquí son más amplios en cuanto que la presunción de muerte se extiende a todos los efectos en general. Luego de una doble publicación en

que en definitiva es una presunción de muerte. En efecto, el art. 396, mientras en su párrafo 2.º prevé el caso de que en el naufragio se haya perdido parte de la dotación o de la gente embarcada de modo que los supervivientes puedan acreditar la muerte de los demás y sobre su testimonio se extiendan las certificaciones de defunción por las autoridades consulares en el extranjero, y por las autoridades marítimas en el Reino; por el contrario, en el párrafo precedente prevé que todos los embarcados hayan perecido de modo que ninguno pueda acreditar la muerte de los demás y dispone que comprobado el accidente se inserte una declaración auténtica del mismo en los registros de cada uno de los municipios a que pertenecían las personas muertas. La disposición habla de personas percidas o muertas, pero evidentemente quería decir desaparecidas, de las cuales, dada la ineluctabilidad del suceso, es forzoso considerar la muerte como ocurrida; es, pues, una presunción de muerte la que aquí se establece precisamente porque ningún superviviente puede certificar la muerte, y la anotación del accidente en los registros no es más que una declaración de muerte cuya eficacia podrá ser destruída con la prueba de supervivencia. Coviello, *Man. Dir. civ.* I, pág. 169; Balestrieri, *Foro it.*, 1906, I, pág. 487 y siguientes; 1908, I, pág. 821; Grazienni en *Acque e trasporti*, 1918, pág. 87 y siguientes; ver el Decreto-ley de 2 de Septiembre de 1917 que atribuye a los derechohabientes de la gente de mar desaparecida, el seguro de riesgo de guerra luego de seis meses de pérdida la nave.

la *Gaceta* oficial, con quince días de intervalo, de las listas de las personas desaparecidas en la catástrofe, y transcurrido el término de noventa días o de un año desde la segunda sin oposición y sin noticias, la muerte es registrada en la oficina del Estado civil. Esta disposición fué aplicada con Decreto de 14 de Enero de 1915 a las víctimas del terremoto de Avezzano de 13 de Enero de 1915, así como poco antes, con la ley de 22 de Mayo de 1913, se ponían de nuevo en vigor para la guerra italo-turca las normas de la ley de 2 de Julio de 1896 relativas a la guerra de Africa.

Donde especialmente se hacía sentir la laguna de nuestro Código fué en la gran guerra europea de 1914 a 1918, en que miles de militares desaparecieron. El Gobierno adoptó el peor de los sistemas, el de extender las normas de la ley de 1896 con todos los inconvenientes anejos, entre los cuales principalísimamente figuraba el que la muerte presunta no produjese la apertura de la sucesión hereditaria y que no disolviese el vínculo matrimonial del cónyuge sobreviviente. En efecto: con Decreto-ley de 27 de Junio de 1915 aplicando los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la ley de 1896 se admitió que basándose en la declaración de no hallazgo del militar, éste se presumiese muerto en combate y pudiese dar lugar al pago de la pensión a favor de la viuda o de los huérfanos. Con posteriores Decretos-leyes de 22 de Agosto de 1915 y 17 de Febrero de 1916 el procedimiento para la consecución de las asignaciones personales, de las pensiones civiles y militares, de las sumas y objetos de la pertenencia del desaparecido, se hizo más sencillo y expedito, pero el sistema no se corrigió en su orgánico defecto. Más tarde, bajo la presión de la necesidad y accediendo a los votos de los juristas, una disposición más adecuada se dictó con el Decreto-ley de 15 de Agosto de 1919 (1).

(1) Las normas para la ejecución de esta ley están contenidas en el Reglamento aprobado con Real decreto de 11 de Enero de 1920 modificado en su artículo 5 con el Real decreto de 12 de Febrero de 1920. La nueva disposición si bien dictada por causa de la gran guerra y para proveer a las consecuencias de ésta, está redactada en forma que puede conside-

En virtud del mismo puede declararse presunta la muerte de todas las personas desaparecidas a consecuencia de operaciones militares o hechos de armas cuando haya transcurrido un año desde la cesación de las hostilidades, o desaparecidas a consecuencia de un naufragio u otro accidente marítimo, cuando haya transcurrido un año desde la comprobación oficial del naufragio, o desaparecidas a consecuencia de prisión de guerra o internado, luego que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se pactó la obligación de restituir los prisioneros o de repatriar a los internados. La declaración de muerte es pedida por los herederos legítimos, por el cónyuge, por los parientes o afines en línea recta o colateral hasta el cuarto grado inclusive, por quien demuestre tener interés o por el ministerio público y pronunciada por el Tribunal luego de las oportunas comprobaciones con procedimiento sencillo y rápido.

Declarada la muerte, los bienes son atribuidos a los herederos legítimos o testamentarios (1); el matrimonio se considera disuelto de modo que el cónyuge sobreviviente puede contraer segundas nupcias. Pero como la declaración se basa en una presunción, se admite siempre la prueba de la existencia de la persona o bien de su muerte en momento distinto del que se fijó en la sentencia. En cuanto a los bienes, el principio admitido es que si el desaparecido reaparece recobre los bienes en el estado en que se hallen, obtenga el precio de los enajenados que le sea debido o los bienes en que haya sido invertido (ver artículo 39 del Código civil), y el que se hallaba en la posesión

rarse como norma permanente de derecho aplicable a guerras futuras, al menos en tanto el Código civil no sea modificado.

(1) A decir verdad el Decreto-ley no dispone que se abra la sucesión ni expresa de otro modo este efecto de la declaración. Pero se trata de defecto de redacción sin duda porque los efectos sucesorios se deducen con certeza de las disposiciones particulares (artículos 17-18) a más de por el espíritu y la finalidad del Decreto. No es esta la única imperfección como he hecho notar en otro escrito. *La dichiarazione ai morte per gli scomparsi in guerra*, en *Atti R. Acc. di Sc. mor. e pol. di Napoli*, XLVI, 1920, pág. 387, ver Ascoli en *Riv. Dir. civ.*, XI, 1919; pág. 357 y Coviello *ib.* pág. 547 con agudas observaciones aunque con crítica en parte divergente de la mía.

de los bienes es considerado como poseedor de buena fe y tratado como un heredero aparente (se le aplica el párrafo primero del art. 933); si resultó probado como tiempo de la muerte un momento distinto del fijado en la sentencia, los que hubieran sido sus verdaderos herederos o legatarios podrán recuperar los bienes de aquellos que erróneamente habían hecho propia la herencia, salvos los derechos adquiridos con la prescripción y los efectos de la buena fe con relación a los frutos percibidos (artículo 41).

En cuanto al segundo matrimonio, si el desaparecido vuelve, puede ser anulado a instancia de uno cualquiera de los tres interesados (1), pero del matrimonio anulado quedan a salvo sus efectos civiles con relación a la prole nacida del mismo, que es legítima y tiene derechos legitimarios.

III. *Presunción de premoriencia comoriencia.*—No solamente la muerte debe probarse por quien tenga interés en ella, sino también debe ser probado el momento en que ocurrió si alguno funda su derecho en la muerte de otro en cuanto ésta haya ocurrido en un momento determinado; lo cual tiene particular importancia en los derechos de sucesión cuando se trate de establecer quién de entre las dos personas entre las que existe una relación sucesoria haya premuerto.

Si esto es sencillo cuando conste el momento en que la muerte ocurrió (y por ello se prescribe que el acta de defunción determine el día y la hora, art. 387), puede ser difícil y harto imposible demostrarse cuándo varias personas hayan muerto juntas con ocasión de un accidente, como es un terremoto o un naufragio. El derecho romano introdujo, para resolver la difi-

(1) Al respecto hay que notar que quizá mejor sistema—por responder mejor a nuestras tradiciones jurídicas—hubiera sido el de declarar la nulidad *ipso jure* del nuevo matrimonio, salvos siempre sus efectos en cuanto a la prole. O por lo menos queriendo hacer depender su disolución del ejercicio de la acción de anulación, fijar un término breve de caducidad a esta (por ejemplo, de seis meses como en el Código alemán § 1.350). Con el sistema acogido le deja indefinidamente expuesto el nuevo matrimonio al peligro de ser anulado, pudiéndose dar ocasión a ilícitos convenios y torpes *chantages* que pongan precio a la subsistencia o extinción del nuevo vínculo conyugal.

cultad, algunas presunciones de premoriencia limitadas a la hipótesis de que se tratase de padre e hijo; se presumía premuerto el padre o la madre si el hijo era púber, premuerto el hijo si era impúber, partiendo del concepto de la mayor resistencia que la juventud representada aquí por la pubertad opone al peligro (1), fuera de este caso regía la norma general de que quien funda un derecho en la prioridad de la muerte de una entre dos personas, debe probarla; y se derivaba de los principios imperantes en materia de prueba (según los cuales, no probado el hecho la razón que en él se fundaba era rechazada) la consecuencia que en la duda no debiese considerarse superviviente al otro a ninguno de los dos, sino que hubiesen muerto en el mismo instante los dos o los varios (2).

Las pocas y limitadas presunciones de premoriencia admitidas por el derecho romano fueron más tarde ampliadas y multiplicadas en el Derecho común, que reputa considerar el problema fuera de las relaciones de descendencia, y el Código francés, siguiendo aquel camino, dictó un sistema completo de presunciones fundadas en el doble elemento de la edad y el sexo. Por ello, entre dos pericidos en el mismo accidente, se presume: *a*) que sobrevivió el mayor si ambos eran menores de quince años; *b*) el más joven si mayores de sesenta años; *c*) y semejantemente al más joven si uno era menor de quince y el otro mayor de sesenta; *d*) siendo ambos de edad intermedia entre los quince y los sesenta, se presume que sobrevivió el más joven si eran del mismo sexo; *e*) que sobrevive el varón si de sexo diverso cuando tuviesen ambos la misma edad o la diferencia no excediese de un año (artículos 721, 722).

Este sistema de presunciones complicadas es, por lo demás,

(1) Los textos son numerosos, ver fr. 9. § 1. 2. 3. 4. D. 34. 5; 16. D. 18. D.

(2) Así precisamente decide Marciano si la decisión no se debe por interpolación a Justiniano en el fr. 18. D. 34. 5; *in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur alter altere supervixisse*. Léase también el pasaje de Ulpiano, fr. 32. § 14. D. 24. 1: *Si ambo ab hostibus capti sunt et qui donavit et qui donatum est, quid dicimus et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio. sin vero non appareat, difficilis quaestio est (interpolado?)*.

insuficiente (pues no se prevén todos los casos posibles) (1); si fué seguido por algunos Códigos italianos anteriores (2) al vigente ha sido abandonado por éste (3), que volviendo al principio general del Derecho romano ha declarado que a falta de prueba debe presumirse muertos todos a un mismo tiempo (art. 524). La consecuencia del principio acogido respecto a las sucesiones es: que no probada la premoriencia no hay lugar a la transmisión de derechos de uno a otro; los llamados a la herencia de uno recogerán todo su patrimonio y sólo su patrimonio, del mismo modo que los llamados a la herencia de otro; sin que entre ambos muertos se de la transmisión hereditaria que se hubiese verificado si uno hubiese muerto después del otro. Y aunque se hable del principio de la *comoriencia* sólo con ocasión del derecho sucesorio, no debe entenderse limitado a estos efectos tan sólo (4); se aplica a toda otra relación y a todo otro efecto jurídico que de la prioridad de la muerte hubiera podido derivar, prioridad que falta o se considera que falta cuando no pudiéndose probar la premoriencia las dos muertes se presumen simultáneas (5).

La comoriencia no constituye en sí misma (6) una presun-

(1) Crome, *Par. gen.*, pág. 120, núm. 15.

(2) Salvas las modalidades en los límites de edad y en los criterios sobre ésta y el sexo. Código Albertino, artículos 965, 966, Código parmense, artículos 867, 868, Código estense, artículos, 940, 941; Código napolitano, artículos 642-643.

(3) Así hizo el Código austriaco (§ 25) y han hecho luego el alemán (§ 20) y el suizo (art. 32) que contiene una disposición análoga a la del artículo 924 del nuestro.

(4) Por eso oportunamente los Códigos austriaco, alemán y suizo han asignado a la disposición un lugar más propio, desplazándola de las sucesiones y formulándola como lo hace el § 20 del Código alemán como regla general.

(5) Así, por ejemplo, la donación con pacto de reversibilidad (artículo 1.071); si alguien estipula que los bienes deban serle restituidos si el donatario premuere al donante sin dejar descendientes, la cuestión de la premoriencia se plantea aquí también cuando ocurra que donatario y descendiente perezcan en un mismo accidente y cuando la prueba de la premoriencia del donatario no pueda darse, se aplicará también aquí el principio de la comoriencia y resultando que los descendientes no sobrevivieron tendrá lugar la reversión en favor del donante.

(6) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand. I*, pág. 637 y siguien-

ción, no obstante que el Código emplee la palabra «presumir». Contraria a la realidad normal (puesto que por regla general las víctimas de una calamidad no mueren todas a un mismo tiempo), no es, como hemos dicho, sino la consecuencia natural y necesaria del sistema probatorio, el cual lleva a excluir que uno haya muerto antes que el otro cuando no pueda ofrecerse la prueba.

Una verdadera presunción de comoriencia y una presunción *juris et de jure* que no admite prueba en contrario, fué introducida por el Decreto de 17 de Enero de 1909 para los muertos a consecuencia del terremoto de 28 de Diciembre de 1908.

Mediante él se dispuso que salvo algunos casos la muerte de aquellas víctimas de la catástrofe se debiera considerar, a los fines del art. 924, ocurrida simultáneamente, quedando excluída toda prueba en contrario. La norma es, sin embargo, de derecho excepcional y aquí se halla limitada a los efectos sucesorios y, por tanto, es de aplicación restringida (1).

IV. *Ausencia*.—De lo dicho hasta aquí, aparece como una necesidad imprescindible para toda legislación proveer a la regulación de las relaciones jurídicas de una persona cuando haya desaparecido y se ignora si existe y donde está; necesidad que si es tanto más imperiosa en aquellos derechos que como el nuestro no admiten presunciones ni declaración de muerte (salvo las indicadas disposiciones excepcionales), no falta en aquellas que admiten tales presunciones y declaraciones de muerte para el período intermedio entre la desaparición y la declaración de muerte. Proveen a tal necesidad las normas relativas a la institución de la ausencia (2) que están en íntima conexión

tes; Venzi en Pacifici, *Ist. II*, pág. 33; Ascoli y Cammeo en Crome, *Par. general*, pág. 120, n. a. Melucci, *Dir. di successione*, Napoli, 1910, pág. 46.

(1) En cuanto a su contenido por la prohibición de la prueba contraria es justamente criticada por Polacco, *Di alcune deviazioni del diritto comune (Riv. Dir. civ., I, 1909, pág. 352)*.

(2) Para la historia de la institución son fundamentales los trabajos de Bruns, *Die Verschollenheit (Jahrb. d. gen. dent. Rechts, I, 1857, pág. 90 y siguientes y también en Kl. Schriften, 1882, I, pág. 73 y siguientes)*; Farnassia, *L'assenza nella storia del diritto italiano (Arch. giur. XXXVI, 1886, pág. 474 y siguientes)*; ver Sacchi, *Sulla teoria degli assenti nel di-*

con la materia tratada. Las providencias de la ley para este caso relativas al patrimonio del ausente, a sus derechos familiares y, en general, a toda otra relación de la que era o podía ser sujeto, son análogas a las aplicadas a la sucesión, pero no se llega jamás en nuestro Derecho a una completa equiparación de la condición jurídica del ausente con la del difunto, porque (conviene repetir) en ningún caso la ausencia, aun prolongada más allá de la vida del hombre, puede transformarse en muerte.

Ausencia en sentido técnico es la desaparición de una persona de su domicilio o de su última residencia sin que se tengan noticias suyas. Es este el concepto que nuestro Código (artículo 20) acoge y que es substancialmente igual al de los romanos (1), si bien era positivamente diferente la regulación de la institución, y es más: una institución verdadera y propia de la ausencia como se ha formado en la Edad media y en el Derecho moderno, puede decirse que les fué desconocida.

Un doble requisito se exige para que se dé la figura de la ausencia legal (2): la desaparición de la persona del lugar donde tenía su sede (domicilio o residencia) y la incerteza de su existencia (*au sit et ubi sit*). No bastaría una incerteza limitada al *ubi sit* ni se requiere el transcurso de un determinado período de

ritto civile e giudiziario dei Romani (Arch. giur. LI, 1892, pág. 493 y siguientes); Andrich, *Lo scomparso secondo il diritto romano* (Nuovo Arch. Ven, XIII, 1907); la literatura citada por Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, página 720, n. z. y los escritos recientes de Losana, *La condiz. giuridica di dicitte sottentra all'asente* (Rolandino, 1916, pág. 273); *L'istituto dell'asenza e le sue riforme* (Riv. Dir. civ., XI, 1918, pág. 209 y siguientes); Luzzatto, *La condizione giuridica dello scomparso*, Padova, 1920.

(1) Ver Paulo, fr. 10. D. 23. 2. *Si ita pater absit ut ignoretur ubi sit et an sit quid faciendum est unerito dubitatur et si triennium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus ubi degit et an superstes sit non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere*. El período final *et si triennium...* *contrahere*, es seguramente interpolado.

(2) Con la cual no se confunde la ausencia simple o de hecho el alejarse alguien por un período más o menos largo de su sede. La distinción la expresa exactamente la terminología alemana con dos expresiones distintas, también *Abwesenheit* (ausencia de hecho) y *Verschollenheit* (desaparición, ausencia legal), ver Regelsberger, Pand. I, págs. 249, 285.

tiempo para que se produzca. Pero el tiempo, como se comprende fácilmente, ejerce en toda la materia una influencia decisiva, y sobre el mayor o menor decurso del mismo, desde el momento de la desaparición, se basa todo el sistema positivo de nuestro Código, el cual, partiendo del concepto de que a medida que tal momento es más remoto menores son las probabilidades del regreso del desaparecido, regula sus relaciones jurídicas primeramente de un modo provisional y poco a poco más definitivamente, sin que por lo demás ni en el último estadio de la regulación se llegue a la exclusión absoluta de toda posibilidad de regreso.

La exigencia de atemperar la protección debida al ausente y los derechos que sobre su muerte podrían fundar otras personas llamadas por la ley o por el testamento a sucederle en el patrimonio y poderes familiares, ha llevado al legislador italiano a distinguir tres períodos distintos en la ausencia caracterizados por haberse dado o no una declaración judicial de la misma (*ausencia presunta, ausencia declarada*) y cuando tal declaración se haya habido por haberse conferido a sus herederos presuntos la *posesión temporal o definitiva*. Las normas particulares dictadas por los artículos 20 47 se agrupan según esta distinción.

I. *Ausencia presunta*.—Los requisitos necesarios para que se dé la presunción de ausencia son los que caracterizan la ausencia en sentido técnico: desaparición de la persona de su domicilio o residencia e incerteza cerca de su existencia. En este primer período, predominando las probabilidades de vida y de regreso del desaparecido, las medidas adoptadas miran exclusivamente a preservar sus derechos y su patrimonio garantizándole su integridad; entre los derechos de los presuntos herederos y el interés del ausente prevalece el último.

En cuanto a la tutela de sus intereses, son posibles dos hipótesis: que exista una representación suya en cuanto haya conferido un mandato para que una persona gestione sus negocios, o que no exista tal representación porque falte el mandatario o porque exista, pero su mandato no se extienda a todos los negocios del ausente. La necesidad de providencias particulares

sólo se presenta en la segunda hipótesis; y en ella la ley dispone:

a) Que si falta completamente un mandatario, pueda el Tribunal del último domicilio o residencia: 1) nombrar quien represente al ausente en juicio, en la formación de inventarios, cuentas, liquidaciones y divisiones en que esté interesado; y 2) adoptar otras medidas necesarias a la conservación de su patrimonio.

b) Que si existe un mandatario el mismo Tribunal pueda proveer a aquellos actos que ni el mandato ni la ley autorizan al mandatario a ejecutar.

Pueden provocar la intervención y providencias de la autoridad judicial representada por el Ministerio fiscal, los herederos presuntos del ausente y, en general, cualquier interesado cuando conste el interés (interés patrimonial o apreciable jurídicamente) que tiene en obtener la providencia, la cual podría ser negada cuando al Tribunal no resultase ni la necesidad ni la urgencia.

II. *Ausencia declarada: Primer estadio.*—A la ausencia presunta puede seguir, cuando los interesados provoquen su declaración oficial y haya transcurrido un cierto tiempo desde la desaparición, un segundo período caracterizado por la declaración judicial, y este período se subdivide en dos estadios, según que en correspondencia con la mayor o menor probabilidad del regreso sea más o menos limitado el derecho de goce y de disposición de los presuntos herederos en los bienes a ellos conferidos.

Del primer estadio son requisitos, a más de aquellos necesarios a la ausencia presunta: a) el transcurso de un período de tiempo no inferior a tres años (seis si el ausente ha dejado un administrador desde que se tuvieron las últimas noticias del desaparecido); b) una sentencia del Tribunal que declara la ausencia y hará posibles los efectos de este primer estadio, incluso (concurriendo otras condiciones) los que son propios del segundo, como la inmisión definitiva en los bienes.

Se hallan autorizados a provocar la declaración (art. 22) los presuntos herederos legítimos o los testamentarios y cualquiera que crea tener en los bienes del ausente derechos sujetos a la condición de su muerte (no el público ministerio). El procedi-

miento que se sigue constará (cuando la demanda sea reconocida admisible por el Tribunal): 1) de una primera providencia que ordena que se practiquen informaciones; 2) de la publicación de la providencia mediante su fijación en la puerta del último domicilio o residencia, notificación de la misma a los interesados y al Procurador del ausente y doble inserción en los diarios oficiales del reino y del distrito, a fin de provocar la información por quien esté en situación de suministrarla, y 3) de la coordinación, no antes del transcurso de seis meses, de una sentencia que declara la ausencia y que, publicada y notificada como la primera providencia, no produce efectos sino después de transcurridos otros seis meses (artículos 23 al 26).

Estamos en el primer estadio de la ausencia declarada en el cual, no prevaleciendo la probabilidad del regreso, sino que contrapesándose con la probabilidad de la muerte, la ley concilia los derechos del desaparecido con los de sus presuntos herederos, concediendo a éstos la posesión temporal y confiriéndoles un derecho de goce de las rentas más o menos pleno, según el criterio del parentesco más próximo, para reservar al ausente si regresa una parte de las rentas y restituirle íntegros los bienes mismos sustraídos a toda disponibilidad.

El efecto substancial de la declaración de ausencia es, pues, la inmisión en la posesión temporal, pero ésta debe ser pedida al Tribunal y por él ordenada, y como para pedirla se hallan facultados los herederos testamentarios, a falta de éstos, los que hubieran sido herederos legítimos si el ausente hubiese muerto el día en que se tuvo la última noticia de su existencia o bien sus respectivos herederos; podrá preceder la orden de apertura de las disposiciones o actos de última voluntad del ausente si hay (art. 26).

Esta inmisión confiriendo un goce de las rentas debe, sin embargo, dejar a salvo los derechos del ausente en su patrimonio; por ello se reconoce el principio que a aquellos a quienes se confiere el goce de las rentas y la representación del ausente debe oponerse también los derechos que se hubieran hecho valer contra el ausente (artículos 28 a 35); una serie de limitaciones establece la ley con relación a los poseedores:

a) Deben previamente los presuntos herederos, para conseguir la inmisión en la posesión, y los legatarios, donatarios y otro cualquiera que tenga un derecho supeditado a la condición de muerte del ausente, para ser admitidos al temporal ejercicio del respectivo derecho, prestar caución en la suma que el Tribunal determine; cuando no puedan prestarla darán las garantías que en interés del ausente el Tribunal estime oportuno determinar, según la calidad de las personas, el parentesco y las demás circunstancias, y que aseguren al ausente, en el caso de que regrese, contra los peligros de destrucción de su patrimonio (artículos 26 y 27).

b) Obtenida la inmisión deben los poseedores proceder a hacer el inventario de los bienes muebles y a la descripción de los inmuebles (art. 29).

c) No pueden disponer de los bienes realizando actos que excedan de la simple administración; cuando precise un acto dispositivo debe intervenir la autorización judicial para enajenar o hipotecar los bienes inmuebles o vender todos o parte de los muebles, cuyo precio deberá conservarse, empleándose convenientemente (art. 29).

d) No pueden gozar sino de una parte de las rentas, salvo el caso que los poseedores sean ascendientes, descendientes o cónyuge del ausente, y la medida del goce viene determinada según el doble criterio de la proximidad del grado y del tiempo transcurrido, del modo siguiente:

α) los parientes dentro del sexto grado deben reservar la quinta parte en los primeros diez años desde el día de la ausencia y la décima en el período sucesivo hasta los treinta años;

β) los parientes más remotos (1) y los extraños, la tercera

(1) Adviértase que consecuencia de la radical modificación introducida por la guerra en la sucesión de los parientes legítimos (reducción de los parientes con derecho a suceder hasta el sexto grado) también el artículo 31 del Código civil ha sido modificado con Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916. En efecto, el párrafo 1.º que habla de parientes de grado más remoto (refiriéndose a los parientes desde el séptimo hasta el décimo grado) y de extraños y ha sido corregido modificando la dicción en esta otra forma: «Los demás poseedores deben reservar», etc.

parte de las rentas en los primeros diez años y la sexta parte en el período sucesivo.

Solamente después de transcurridos los treinta años cesa la obligación de reservar y el goce se convierte en pleno (art. 31).

Con estas garantías y reservas la posición del ausente y de sus definitivos causahabientes resulta oportunamente tutelada, de modo que si vuelve o si se prueba su existencia o si, comprobado el momento de su muerte resulte que la sucesión, debiendo abrirse en favor de aquellos que en aquel tiempo eran sus herederos legítimos o testamentarios o de sus descendientes, debiendo ser entregada a personas distintas de los actuales poseedores, estos restituirán a él o a sus verdaderos herederos los bienes o su precio, así como la cuota reservada de las rentas; y desde tal momento cesarán todos los efectos de la declaración de ausencia, abriéndose la sucesión regular por causa de muerte cuando ésta haya ocurrido o manteniéndose las oportunas medidas de conservación y administración cuando resulte que el ausente vive, si bien no haya regresado a su sede (artículos 33 y 34).

III. *Ausencia declarada: Segundo estadio.*—El último período en el que tiene lugar la inmisión en la posesión definitiva de los bienes es aquel en que las probabilidades de muerte del ausente prevalecen sobre las probabilidades de vida, de modo que puede conferirse a los presuntos herederos un pleno derecho de goce y de disposición análogo al que le correspondería si se tratase de verdadera sucesión *mortis causa*. Y es, en substancia, una verdadera sucesión la que se abre en favor de los herederos, si bien falte formalmente el requisito fundamental indispensable de toda sucesión, la muerte. Pero es una sucesión de carácter especial en cuanto que es revocable cuando se verifique el regreso del ausente o cuando, conocido el momento de su muerte, se compruebe ser diversos de los presuntos y poseedores actuales los herederos testamentarios o legítimos a quienes la herencia correspondía.

Los requisitos necesarios para que haya lugar a la inmisión definitiva, son:

a) El transcurso de un período de treinta años desde la in-

misión en la posesión temporal o de un período de cien desde el nacimiento del ausente, con la condición en este segundo caso que las noticias del ausente daten de tres años por lo menos;

b) Una sentencia del Tribunal que conceda la inmisión en la posesión definitiva, ya convirtiendo en definitiva la posesión temporal, ya ordenando *ex novo* si una precedente inmisión temporal no ha tenido lugar (art. 36). Adviértase que los dos términos de treinta y de cien años son independientes entre sí y puestos alternativamente de modo que, aún durando un año la posesión temporal, puede convertirse en definitiva cuando haya transcurrido un siglo desde el nacimiento; así, la inmisión definitiva no exige necesariamente una precedente posesión temporal, pudiendo llegarse a ella de modo directo cuando, concurrendo la doble condición del siglo transcurrido desde el nacimiento y del trienio transcurrido desde que se unieron las últimas noticias, pidan los presuntos herederos la posesión de los bienes por primera vez. El Tribunal ordenará en este caso la inmisión definitiva, previa la declaración de ausencia cuando ésta no haya sido hecha antes (art. 38).

Los efectos de la posesión definitiva consisten en la cesación de aquellas limitaciones que en la temporal restringían el poder de los poseedores. Se retiran las cauciones y demás garantías que hubieran sido fijadas por la sentencia que declaraba la primera inmisión (art. 36); cesa toda vigilancia de administración y toda dependencia de la autoridad judicial, así como la obligación de reservar una cuota aparte de las rentas; se confiere la libre disposición de los bienes a los poseedores y a sus herederos y sucesores, los cuales podrán proceder a divisiones definitivas y a enajenaciones (art. 37).

Pero si la disponibilidad de los bienes resulta tan libre e ilimitada, el derecho que se confiere a los poseedores (I) queda

(1) Se discute mucho la naturaleza de este derecho. ¿Se trata de un derecho derivante de una verdadera y propia apertura de sucesión aunque sujeta a resolución o de un derecho de propiedad pero revocable? Ver notas de Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 725 y siguien-

siempre sujeto a revocación en favor del ausente si vuelve o de los verdaderos herederos testamentarios o legítimos si se prueba el tiempo de su muerte y resulta que otros distintos de los poseedores eran en aquel tiempo sus herederos. Sin embargo, la revocación no produce los mismos efectos en una y en otra hipótesis, puesto que la ley ha querido proteger más completamente al ausente que no a sus verdaderos herederos testamentarios o legítimos. Si el ausente vuelve o se prueba que existe, deberán serle restituidos todos los bienes en el estado en que se hallen o el precio de los enajenados debido por los adquirentes y también los bienes en cuya adquisición haya sido invertido, sin que jamás pueda oponerse por los poseedores como título de adquisición la prescripción, aunque sea de treinta años (art. 39); si, por el contrario, probado el tiempo de su muerte resulten ser otros sus herederos, podrán éstos ejercitar sus acciones, pero contra ellos es oponible por los poseedores, como título de adquisición irrevocable, la prescripción de treinta años (art. 41). En una posición intermedia son colocados los hijos y descendientes del ausente más favorable, por un lado, en cuanto pueden hacer valer frente a los poseedores los propios derechos en los bienes del ausente sin necesidad de probar la muerte, y por otro menos favorable, en cuanto que a ellos es oponible la prescripción de treinta años (art. 40).

✓ A más de producir la ausencia efectos jurídicos en los bienes del desaparecido, los produce también en otras relaciones; entre éstas se toman en particular consideración los derechos de familia por un lado, y por otro los derechos patrimoniales que nazcan a favor del ausente luego de su desaparición y de los cuales no era titular aún cuando la ausencia comenzó. No tiene aquí importancia la distinción de los tres períodos examinados ni la de la ausencia presunta y declarada; todos aquellos que produjo la presunción de ausencia subsisten invariables luego de su declaración; ésta ni quita ni añade.

De las relaciones familiares subsiste el vínculo matrimonial,

tes y de Venzi al Pacifici, *Ist. II*, pág. 215 y siguientes; (n. a.), pág. 210 y siguientes (n. t.) donde la cuestión es ampliamente tratada.

que no se disuelve por largo que sea el período de ausencia de uno de los dos cónyuges; consecuencia lógica del doble principio aplicado con excesiva rigidez de que el matrimonio no se disuelve sino con la muerte de uno de los cónyuges (art. 148) y que la ausencia no da nunca lugar a la declaración de muerte (1). La ausencia produce efectos en lo que respecta a los poderes familiares: cesa el marital y cesaba también antes de la ley de 17 de Julio de 1919 la necesidad de la autorización marital para los actos de la mujer que la exigían (art. 135); la patria potestad se transfiere a la madre (art. 46) como en todo otro caso en que el padre no pueda ejercitarla (art. 220), y si la madre no vive o se halla también ella en la imposibilidad de ejercerla, se provee con la curatela que se confiará por el consejo de familia a los ascendientes próximos, y a falta de éstos a un tutor temporal.

En cuanto a los derechos eventuales correspondientes al ausente, las disposiciones del Código se inspiran en este respecto en el principio de que nadie es admitido a reclamar un derecho en nombre de persona cuya existencia se ignore si no se prueba que ella existía cuando aquel derecho nació (art. 42); y así, si se abre una sucesión a la que sea llamado el ausente, no pueden los herederos de éste reclamarla en su nombre; ella se entregará a aquellos que a falta del ausente correspondería o bien a aquellos con quienes el ausente hubiera tenido derecho de concurrir, salvo el derecho de representación. Una obligación de los llamados a la herencia en lugar del ausente es la de proceder al inventario de los muebles y a la descripción de los inmuebles (art. 43), correspondiendo al ausente si regresa, o a sus herederos o causahabientes si se comprueba el tiempo de su muerte, el derecho de repetir la herencia de aquellos que la hubieran recogido (art. 44); pero este derecho se extingue con la prescripción y no pueden ejercitarse respecto de los frutos que

(1) El art. 113 prevé es cierto el caso que el cónyuge del ausente haya contraído nuevo matrimonio y dispone que éste no puede ser impugnado en tanto dura su ausencia; pero el segundo matrimonio se supone contraído por error o fraude. La disolución del matrimonio es, por el contrario, posible para el Código austriaco (§§ 112-114) y para el alemán (§§ 1.348-1.352).

aquéllos hayan percibido con buena fe (artículos 44 y 45) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concordancias en materia de extinción de la capacidad.

Véase el art. 32 del Código civil.

Los artículos 144 y 400 del Código penal italiano referentes a la tutela jurídica de la memoria del difunto, concuerdan con el 480 del Código penal español.

La legitimación de hijos premuertos a que se refiere el art. 196 del Código civil italiano concuerda con el 124 del Código civil español.

Los artículos 539 y 546 del Código de procedimiento penal italiano referentes a la rehabilitación de la memoria del difunto corresponden al 961 de la ley de Enjuiciamiento criminal española que autoriza aun muerto el penado, a su viuda, ascendientes, descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos para solicitar el juicio de revisión por alguna de las causas enumeradas en el art. 954; pero no se designa curador especial como en la legislación italiana, correspondiendo la representación del penado difunto a las personas designadas en el art. 961.

El Código de procedimiento italiano admite la responsabilidad del Estado (ver artículos 531 y 532). En la legislación española se desconoce la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la causa a que se refieren los artículos citados del Código italiano; en cambio existe responsabilidad civil de los Jueces como consecuencia de la penal o independientemente de ésta; ver art. 361 del Código penal y siguientes en relación con el 18 y artículos 903 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

En nuestra legislación se desconoce el caso de declaración de quiebra a que se refiere el art. 912 del Código de comercio italiano que en el texto se cita pero en cambio es posible la quiebra de la testamentaria y el abintestato según el art. 1.053 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 42 del Código civil italiano corresponde al 33 del español.

Los artículos 350, 362, 385 y siguientes del Código de comercio italiano corresponden a los 325 y 326 del Código civil español.

Los artículos 364 a 466 del Código civil italiano concuerdan con el 327 del español.

El Código civil español regula la presunción de muerte como el último momento en la declaración de ausencia, cuando las probabilidades de muerte son notoriamente superiores a las de vida; equivale a lo que el autor denomina presunción definitiva y produce casi idénticos efectos; en cuanto a éstos y dentro de los de orden personal hay que hacer notar que a pesar de la terminante declaración de la Base 6.^a de la ley de 11 de Mayo de 1888 que disponía que la presunción de muerte del ausente no podría autorizar nunca al cónyuge presente para celebrar segundas nupcias el Código no contiene precepto alguno en tal sentido.

El art. 387 del Código civil italiano referente a la necesidad de que consten en el acta el día y hora del fallecimiento, concuerda con el artículo 79 de la ley española, provisional, del Registro civil de 17 de Junio de 1870.

El art. 924 del Código civil italiano referente a comorencia y premorencia corresponde al 33 del español.

El art. 20 del Código civil italiano da el concepto de ausencia, pudiendo deducirse análogo concepto del art. 181 del Código civil español, pudiendo completarse con la circunstancia de no dejar apoderado que administre sus bienes.

En los artículos 20 a 47 del Código civil italiano se agrupan normas referentes a la regulación del ausente. El español dedica a esta materia

§ 41.—*Actas de estado civil*

Pacifici, Ist. II, pág. 112; Chironi, Ist. I, §§ 42-44; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 275; Coviello, Man. I, § 60; Crome, Par. gen., pág. 140; Zachariae, Man. I, §§ 63-77; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 55-68; Planiol, Traité, I, núm. 452 y siguientes (1).

Se ha visto cómo el nacimiento y la muerte son dos momentos solemnes que señalan el comienzo y el fin de la vida jurídica

el título 8.º del libro 1.º distinguiendo la *ausencia presunta*, medidas provisionales en casos de ausencia (capítulo I), la *ausencia declarada* (capítulo II) y administración de los bienes del ausente (capítulo III) y la *presunción de muerte* (capítulo IV). Dedicó el capítulo V a los efectos de la ausencia en lo referente a derechos eventuales del ausente. En materia de quienes pueden pedir la declaración de ausencia de los artículos 181 a 183 del Código civil español se deduce idéntica doctrina a la expuesta en el texto, pudiendo aceptarse también la doctrina que expone el autor en cuanto a las personas que son parte legítima para reclamar las medidas provisionales en casos de ausencia, problema que se plantea al comentar el art. 181 del Código civil y es resuelto en ese sentido por la mayoría de los tratadistas.

Los requisitos referentes a la declaración de ausencia y plazos de tres años si no dejó representación el ausente y seis si la dejó corresponden a los exigidos en los artículos 184 a 186 del Código civil español, variando únicamente los plazos que se reducen a dos años si el ausente no dejó administrador de sus bienes y a cinco si lo hubiera dejado.

El art. 22 del Código civil italiano referente a quienes pueden pedir la declaración de ausencia, concuerda con el 185 del Código civil español que adiciona a las personas enumeradas por el italiano el cónyuge presente.

Los artículos 23 al 26 del Código civil italiano se refieren a los trámites para obtener la declaración de ausencia. En el título XII de la ley española de Enjuiciamiento civil, se establece el procedimiento para obtener la administración de los bienes de los ausentes en ignorado paradero, cuyos trámites son muy parecidos a los que indica el autor, suprimiéndose tan sólo el requisito de que entre la primera providencia y la sentencia hayan de mediar al menos seis meses. También el Código civil español suspende los efectos de la sentencia que declara la ausencia hasta pasados seis meses de su publicación en los periódicos oficiales (artículo 186). Declarada la ausencia se confiere la administración de los bienes del ausente a las personas enumeradas en el art. 220 y por el orden señalado en el mismo (ver art. 187 del Código civil español).

El art. 26 del Código civil italiano dispone que cuando la declaración de ausencia haya sido solicitada por los herederos testamentarios presentes, se procederá a la apertura de los actos de última voluntad del

(1) Piola, *Degli atti dello Stato civile*, Napoli, 1909; Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, París, 1843; Rieff, *Comm. sur la loi des actes de l'état civil 1844*; Mercier *Traité théorie et prat des actes de l'état civil*, París, 1892.

de la persona física; cómo la ciudadanía es decisiva para la aplicación de la ley italiana a las relaciones jurídicas de la misma y para la atribución de sus derechos políticos; cómo el matrimonio sea el supuesto necesario de la familia legítima.

ausente. Efecto natural, cuando sean los herederos testamentarios los que soliciten la administración de bienes del ausente, no está mencionado por el Código español pero se deduce del art. 2.044 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La obligación a que se refieren los artículos 28 al 35 del Código civil italiano no resulta expresamente determinada en el español. Los 26, 27 y 29 del italiano confróntense con los 2.040 y 2.041 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 29 del italiano referente a la necesidad de autorización judicial para actos de disposición compárese con los 188 y 189 del español.

El art. 31 del Código civil italiano dispone que como consecuencia de la posesión temporal que se confiere en el primer estadio de la ausencia declarada y en garantía del ausente se obliga al poseedor a reservar: si es pariente dentro del sexto grado $1/5$ de las rentas en los diez primeros años y $1/10$ en los siguientes hasta los treinta años; si es pariente en grado más lejano o extraño reservará $1/3$ ó $1/5$ en los plazos indicados en el supuesto anterior. En el Derecho español el administrador de los bienes del ausente no tiene otro derecho que el de percibir la retribución que el Juez le señale, la cual no excederá del 10 por 100 del producto total de los bienes (art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil) claro es que deberá aplicar las rentas al levantamiento de las cargas que pesaban sobre el ausente: alimentos, educación de los hijos, etc., pero llevando de todo cuenta que rendirá al ausente, si vuelve, o en otro caso a sus causahabientes.

En el Código italiano (art. 31) el transcurso de treinta años produce el efecto en favor del administrador de percibir la totalidad de la renta cesando su obligación de reservar. En el español no se adquiere otro derecho que el de solicitar del Juez la declaración de presunción de muerte del ausente (art. 191).

Los artículos 33 y 34 del Código italiano corresponden al 190 del Código español.

El art. 36 del italiano exige para declarar la posesión definitiva, el transcurso de cien años desde el nacimiento; en el español quedan reducidos a noventa sin exigirse el requisito de que las noticias daten de tres años cuando menos en este caso (ver art. 191 que en lo demás concuerda con el citado del italiano).

El art. 36 del Código italiano concuerda con los 192 y 193 del español que requieren también una declaración judicial instada por parte interesada; no siendo ejecutoria, la sentencia que se dicte hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales. El efecto de la declaración de presunción de muerte es el de dar lugar a la sucesión en los bienes del ausente.

El art. 38 del Código italiano referente a la posibilidad de declarar la posesión definitiva sin previa declaración de la temporal por transcurso de cien años desde el nacimiento y tres desde las últimas noticias, no tiene equivalente en el español pero puede deducirse aquel efecto que se producirá naturalmente por ser independientes entre sí los términos de treinta y noventa años que señala el art. 191.

Estos estados personales fundamentales pueden dar lugar a ulteriores condiciones o posiciones jurídicas que se refieren a instituciones diversas: el ser menor o mayor de edad, el hallarse sujeto a interdicción o inhabilitado por enfermedad mental, el ser hijo legítimo, simplemente natural o natural reconocido o declarado legitimado o adoptivo, el haber sido sometido a condena penal que implique interdicción, el haber quebrado o hallarse en estado de ausencia legal, etc. Todas estas y otras condiciones personales semejantes, que más o menos intensamente influyen en la capacidad de la persona en sus relaciones patrimoniales o familiares, en la sucesión, en el proceso, etc., derivan de hechos

se enlazan con ellos no precisándose que su prueba se produzca en cada caso, sino que es necesario que emerja de modo indubitable de los registros públicos. Sólo el Estado, mediante los órganos de la administración pública puede organizar tales registros y dotarles la fe pública y hay que esperar que en un ordenamiento perfecto todas las vicisitudes jurídicas referentes al estado de las personas reciban completa y rigurosa documentación en los registros públicos; del mismo modo que un ordenamiento perfecto de la propiedad inmobiliaria debe presentar en

El art. 37 del Código civil italiano no tiene concordancia en el español que no distingue los períodos de posesión temporal y definitiva sino los de simple administración y atribución a los herederos del ausente.

Los artículos 39, 40 y 41 del Código civil italiano corresponden al 194 del español, según el cual, la revocación de la presunción de muerte tiene lugar cuando el ausente se presenta o si prueba su existencia sin necesidad de presentarse, recobrando entonces sus bienes en el estado que tengan y el precio de los enajenados y la propiedad de los adquiridos con aquél pero no podrá reclamar frutos ni rentas. La presentación de herederos sean o no hijos o descendientes del ausente cuando no hubieran sido parte en el juicio de testamentaria o abintestato, sólo les facultará para exigir su parte en la herencia en el juicio que corresponda. Los efectos de la prescripción respecto a los bienes del ausente, se rigen por las reglas generales de prescripción.

El art. 148 del Código civil italiano compárese con el 52 del Código civil español referentes a la subsistencia del vínculo matrimonial, el 135 del italiano referente a la cesación del poder marital, concuerda con el 188 del Código civil español y los 46 y 220 del italiano referentes a la transferencia a la madre de la patria potestad, concuerdan con el 154 del español del que se deduce como lógica consecuencia esa transferencia. Si la madre premurió o es incapaz se les designará a los hijos tutor según las normas del título IX del libro I del Código civil.

El art. 42 del italiano concuerda con el 195 del español y el 43 con el 196 y los 44 y 45 con los 197 y 198.

sus libros reflejadas con exactitud las vicisitudes jurídicas todas del fundo.

Sin embargo, no es este el sistema seguido por el legislador italiano, por el francés y muchos otros. En efecto, en los Registros del estado civil no constan sino algunos de los hechos y los más importantes que influyen en la capacidad de la persona y determinan su estado civil (1). Siguiendo la tradición histórica, nuestra ley se ha limitado al regular los actos del estado civil a los más esenciales que se refieren a la existencia de la persona (nacimiento y muerte) y que constituyen su estado de ciudadanía y de familia. Son, pues, cuatro los registros públicos que el Código civil y las leyes especiales ordenan llevar (artículos 350 y siguientes del Código civil, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865): registro de nacimiento, de muerte, de matrimonio y de ciudadanía. Se excluyen de la categoría de actas del estado civil, toda una serie de documentos y actas públicas que, refiriéndose al estado personal como las sentencias declaratorias de la interdicción o inhabilitación, la quiebra del comerciante, la emancipación de un menor, etc.

Pero no sólo los del nacimiento, la muerte, el matrimonio y la ciudadanía son consignados en los registros, sino también otros hechos o circunstancias directamente relacionados con

(1) Los inconvenientes a que da lugar este incompleto sistema de publicidad se advierten todos los días en la práctica. Si es fácil averiguar en los registros de nacimiento la edad de la persona y en los de matrimonio su estado conyugal, en los registros de tutela y de quiebras, los hechos relativos a la tutela y a la quiebra, no es tan fácil comprobar la existencia de una interdicción o inhabilitación; si del casillero penal puede deducirse la existencia de una condena penal que implique interdicción, no es tan fácil comprobar la existencia de una curatela. Lo cual es tanto más grave cuanto que en materia contractual rige el principio de que nadie debe ignorar la condición jurídica de la persona con la cual se contrata y si ha ignorado la incapacidad sufrirá la eventual anulación del acto. Precisamente por una mayor y más eficaz protección de la buena fe de los terceros hay todo un movimiento que propugna la reforma del actual sistema de los actos del estado civil con la implantación análogamente al casillero penal de una especie de casillero civil que deberá recoger y probar todas las vicisitudes referentes a la condición jurídica de la persona y al lugar de su nacimiento. Planiol, *Traité I*, pág. 458.

aquellos más esenciales. Así, en el registro de nacimientos, se consignan, a más de las declaraciones de nacimiento, las actas de reconocimiento de hijos naturales, los decretos de adopción, legitimaciones, decreto de cambio o añadido de nombres y apellidos, concesiones de títulos de nobleza; los registros de matrimonio que son dobles, unos para las publicaciones matrimoniales, los otros para la celebración del matrimonio, reciben, además, las declaraciones de reconocimiento de hijos naturales hechas por los cónyuges simultáneamente a la celebración del matrimonio, las sentencias definitivas con las cuales se anula un matrimonio, las sentencias de divorcio pronunciadas en el extranjero y hechas ejecutivas en el reino mediante el oportuno juicio; los registros de ciudadanía acogen las declaraciones de fijación de domicilio en el reino, las de traslado del mismo de un Municipio a otro, las de elección, renuncia y readquisición de la ciudadanía (ver artículos 44, 52, 62 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865; ver también Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, relativo al ordenamiento de los registros de ciudadanía).

La documentación de la condición personal y la compilación el modo de llevar y conservar las actas del estado civil se ha convertido en función propia del Estado que se ha atribuido tal misión como prerrogativa suya indiscutible. En el pasado, y por largo tiempo, fué en Italia y en otros países una función de a Iglesia. En efecto, durante toda la Edad Media, y hasta los tiempos recientes de la Edad Moderna, la Iglesia, por exigencias espirituales, primero, y de orden público después, asumió este servicio mediante los registros parroquiales de nacimientos, muertes y matrimonios.

Ya que a estos tres momentos de la vida de la persona se refería la administración de los Sacramentos y el Concilio de Trento (1564) confió a los párrocos el cuidado y custodia de los registros de nacimientos, muertes y matrimonios. Con la Revolución francesa, proclamado el Estado independiente de la Iglesia, el ordenamiento del estado civil no podía seguir encomendado al clero, queriendo hacer a todo ciudadano libre de la observancia de tales actos religiosos, debía el Poder civil asumir tal

función, que fué confiada a las autoridades municipales de modo que, desde tal momento, sólo los registros civiles tuvieron valor probativo y se privó de éste a los libros parroquiales, salvo (bien entendido) en lo que se refiriese al pasado. Lo mismo ocurrió en Italia; en virtud de los principios acogidos por la nueva legislación, sólo el Estado tiene el poder de formar y conservar por medio de las autoridades municipales los registros del estado civil y de otorgar a éstos fe pública, de conservarlos y de extender copias (artículos 350 y siguientes del Código civil, art. 152 de ley municipal y provincial de 4 de Febrero de 1915). Podrá también la autoridad eclesiástica continuar llevando los suyos con fines exclusivamente religiosos sin valor alguno a los efectos civiles; un acta parroquial de bautismo no puede substituir un acta de nacimiento. Subsisten todos los efectos, incluso civiles, de los libros eclesiásticos en lo que se refiere al tiempo anterior, y los párrocos son sus legítimos depositarios; con la obligación de facilitar copias, que tienen el mismo valor que las extraídas de los registros del estado civil, habiéndose declarado en las disposiciones transitorias del Código civil (art. 48), que continúan en vigor las disposiciones vigentes en las diversas provincias referentes al modo de conservar las actas públicas o privadas y a los oficiales facultados para expedir copias.

Las actas del estado civil son públicas, atestados de un hecho y tienen el mismo valor que las actas auténticas; se reciben y redactan, en efecto, bajo declaración del interesado a presencia de testigos por un funcionario público, que es el oficial del estado civil y hacen fe en tanto no se impugnen por falsedad. El lugar en que se reciben las declaraciones es el Ayuntamiento; el oficial es el Alcalde del Municipio o quien hace sus veces o mediante delegación puede serlo un asesor o consejero municipal; puede también el Secretario municipal ser delegado, pero sólo para actas de nacimiento o de muerte. Oficiales del estado civil son, además, los agentes diplomáticos y consulares en orden a los ciudadanos que se hallen en el extranjero (art. 386 del Código civil, art. 167 Sentencia consular de 15 de Noviembre de 1865); los Comisarios de Marina, Capitanes o patrones de naves, para los nacimientos o muertes que ocurran durante el viaje ma-

rítimo o en una arribada (art. 10, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865); los empleados y militares designados por los reglamentos, en cuanto a los militares en campaña (artículos 389 y siguientes del Código civil) (1). Excepcionalmente, y por especial prerrogativa de la Corona, es oficial del estado civil en orden al nacimiento, matrimonio, muerte del Rey y de las personas de la Real familia, el Presidente del Senado, asistido del Notario de la Corona (art. 396 del Código civil).

Principio fundamental en la formación del acta del estado civil, es que en ella intervienen tres personas o grupos de personas: *a)* el oficial del estado civil, que recibe la declaración, forma el acta y la firma (art. 353 del Código civil), dándole fe pública. Es su presencia la que imprime al acta carácter auténtico; él atestigua, no la sinceridad de la declaración recibida, sino la que ha ocurrido y lo que ha sido dicho en su presencia; hace fe hasta que se entable querrela de falsedad (art. 363 del Código civil), mientras que las declaraciones de los comparecientes hacen fe hasta prueba contraria y las indicaciones extrañas al acta no tienen valor alguno (art. cit.); *b)* el declarante o declarantes, que es la parte interesada en hacer constar el hecho (el padre, que denuncia la muerte, el ciudadano, los que contraen matrimonio). Por regla general, es la misma parte interesada la que comparece, pero cuando no se imponga expresamente la comparecencia

(1) Las normas especiales en orden a las actas del estado civil de los militares y sus asimilados en campaña se hallan contenidas en los artículos 398-400 del Código civil y en las instrucciones del apartado 2.º del Reglamento para el servicio de guerra aprobado con Real decreto de 10 de Marzo de 1912.

Durante la gran guerra europea se declararon nuevas normas para simplificar y abreviar este importante servicio en los ejércitos y en la marina. Con Decreto-ley de 30 de Enero de 1916, se sustituyeron las predichas instrucciones, ordenándose mejor los registros de los nacimientos y de las defunciones (se comprenden también normas especiales sobre los testamentos); con Decreto-ley de 27 de Enero de 1916, se facultó a los Ministros de la Guerra y de Marina para corregir las actas de defunción de los militares en campaña; con otro Decreto-ley de 26 de Julio de 1917, fué concedida a la Cruz Roja la facultad de recibir de las extranjeras las actas de defunción de los militares prisioneros o caídos en el campo.

personal (como en el matrimonio), la parte podrá ser representada por persona provista de mandato especial y auténtico (artículo 354) y la declaración valdrá como hecha por ella misma, y c) los testigos que normalmente son dos personas que acreditan la identidad del declarante, la verdad de su declaración y que con el declarante firman el acta (art. 353).

El carácter e importancia de estas actas requiere una serie de formalidades y garantías relativas a su formación y conservación. Toda acta debe enunciar el Municipio, la casa, el año, el día, la hora en que ha sido formada; el nombre, apellido, la edad, la profesión y el domicilio o la residencia de los declarantes o sus representantes y de los testigos; la indicación de los documentos presentados; la mención de que se ha cumplido la formalidad de la lectura del acta a las partes (art. 352), la firma de los declarantes, de los testigos y del oficial, con indicación del impedimento si no ha sido firmado por alguno (art. 353). Deben consignarse en registros y no en hojas volantes; los registros se llevarán por doble original (art. 356), cuyas hojas para impedir eventuales sustracciones y sustituciones, llevan el visto del Presidente del Tribunal o de un Juez por él delegado (art. 357); la redacción o escritura debe ser hecha seguida e ininterrumpidamente sin ningún espacio en blanco; las borraduras y las apostillas deben ir aprobadas y firmadas antes de la clausura del acta; están prohibidas las abreviaturas, las fechas escritas en letra y por extenso (art. 358); toda anotación legalmente ordenada debe ponerse en el margen del acta sin modificar el texto original (artículo 359). Finalmente, para asegurar la conservación de su contenido, se dispone que de los dos registros originales, cerrados a fin de año con la declaración del oficial del Registro civil uno sea depositado en la Cancillería del Tribunal y el otro en los Archivos del Municipio. La vigilancia de su custodia, formación y modo de ser llevados, es confiada al Procurador del Rey, el cual la ejercita directamente o por medio de los «pretorios», quienes deben proceder a la comprobación cuatrimestral de los registros en cada Municipio; a él sólo corresponde solamente el promover la aplicación de las penas pecuniarias a quien haya incurrido en irregularidades o infracciones (artículos 365, 404).

Las actas así llevadas documentan los hechos que son registrados y están al servicio de los particulares, que no con las actas mismas, sino con certificaciones legalmente extendidas, suministrarán la prueba de los hechos mismos. Los certificados podrán probar el hecho de un modo positivo o negativamente del hecho contrario (ejemplo: que alguien no es ciudadano italiano o no ha contraído matrimonio) y deberán expedirse a quien las solicite, reproduciendo siempre las anotaciones todas que el acta contenga (art. 362).

Puede ocurrir, sin embargo, que el acta haya sido formada erróneamente (un nombre o una fecha fueron escritos equivocadamente) que en ella se haya incurrido en una omisión, que contenga una enunciación que no debió ser acogida. Puede suceder también que una declaración que debía hacerse no haya sido hecha de modo que no hay acta (ejemplo: un nacimiento, una muerte no fué declarada). Puede ocurrir finalmente que el registro debidamente firmado haya sido destruído en el doble original o que páginas del mismo se hayan sustraído o hecho ilegibles. En todos estos casos ha pensado el legislador, dictando disposiciones minuciosas y precisas y distintas según los casos. Hay que distinguir las hipótesis de errores, inexactitudes y otras irregularidades, puesto que aquí se trata de mera *rectificación* o *corrección* del acta de aquellas otras de extracción, extravío, mutilación de los registros o su hojas. La hipótesis intermedia de acta que, debiendo ser formada no se formó, es atraída por la primera hipótesis, ya que el acta que se forma tardíamente es concebida como *rectificación* de las actas del estado civil.

La reparación de los errores u omisiones materiales en que haya incurrido el interesado en su declaración o el oficial en la redacción del acta, no puede hacerse sino mediante un procedimiento especial de *rectificación*. El recurso será dirigido por el Ministerio fiscal o por el interesado ante el Tribunal, en cuya jurisdicción se halle emplazada la oficina del estado civil; la sentencia es dictada como resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Cuando la demanda es debida a iniciativa del Ministerio fiscal, el Tribunal puede ordenar la comparecencia de las partes interesadas y convocar el consejo de familia o de tute-

la para oír su parecer. La rectificación se ordena con sentencia y se ejecuta sólo cuando ésta, que es siempre apelable, sea definitiva; materialmente se verifica con la transcripción de su parte dispositiva al margen del acta que se quiere rectificar sin alterar su primitivo estado (artículos 401 y siguientes del Código civil, 845 y siguientes del Código de Procedimiento civil, 133 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865).

Con el mismo procedimiento se provee al caso que una declaración que debió ser hecha no lo haya sido; la sentencia, que es también aquí de rectificación, autorizará al oficial del estado civil a recibir la declaración tardía, por ejemplo, de nacimiento o de muerte.

En la tercera hipótesis de que los registros no hayan sido llevados con regularidad o hayan sido destruidos o se hayan extraviado total o parcialmente o haya habido interrupción en ellos, no hay más remedio que recurrir a sustitutivos; la ley autoriza al interesado a probar el nacimiento, el matrimonio o la muerte por documentos, escrituras o testigos (art. 364 pre.). A reprimir la conducta ilícita del interesado se encamina el excluir la prueba cuando la falta, destrucción, extravío o interrupción fueren motivados por dolo del reclamante (art. 364).

Al procedimiento de rectificación no puede recurrirse cuando se trate de declarar inexistente un acta por falta de requisitos esenciales constitutivos o cuando se trate de una controversia de estado (por ejemplo: averiguación de la filiación) en la que se hace necesario un juicio en forma contenciosa ordinaria. Como consecuencia del juicio podrá resultar declaración de anulación del acta o eventualmente su rectificación.

De la rectificación del acta hay que distinguir la anotación marginal: una supone error u omisión originarios en el acta, la otra por el contrario la regularidad inicial de la misma; una se verifica en virtud de sentencia, la otra por precepto legal o reglamentario o también en virtud de sentencia (art. 133 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). La anotación, en definitiva, presupone que el acta inicial sea exacta y completa y que, habiéndose producido una circunstancia posterior a ella, exige el ser anotada y hecha pública, porque influye en el estado per-

sonal tal y como resulta el acta originaria; así, la anotación de la legitimación de un hijo, de la adopción, de la anulación del matrimonio, el añadir o cambiar nombres o apellidos, no son rectificaciones del acta originaria sino documentación de un hecho nuevo que por razón de oportunidad es registrado en relación con otro en que se halla ligado íntimamente

Los registros del estado civil y los extractos o certificaciones a éstos relativos, tienen fuerza probatoria en cuanto que las actas hayan sido regularmente formados y los extractos debidamente extendidos por el oficial competente. Se aplican a ellos como actos auténticos que son las normas generales que se refieren a estos últimos; su fuerza probatoria se pierde cuando no se hayan observado las formalidades substanciales prescritas por la ley. Hay discrepancia en cuanto a la determinación de las formalidades que se deben reputar esenciales y cuya inobservancia implique la ineficacia del acta, ya que la ley no declara cuáles son esenciales y requeridas bajo conminatoria de nulidad, y, por otra parte, no puede afirmarse tampoco que todas sean esenciales; hay algunas que indudablemente no llevan a la grave consecuencia de destruir la validez y la fuerza probatoria.

Un criterio idóneo es el que se fija en el fin que el acta persigue: según la finalidad propia de cada acta deberá juzgarse si la formalidad es o no esencial. Así, por ejemplo, como observa Zachariae (1), un acta cualquiera del estado civil no será nula cuando se haya omitido el indicar la edad de los comparecientes, ni un acta de nacimiento cuando no se haya indicado el lugar de éste. Sobre la base de este criterio pueden considerarse como esenciales las formalidades y requisitos siguientes:

a) La cualidad de oficial de estado civil en el funcionario que recibe y redacta el acta. Si tal cualidad la ha asumido o continúa asumiéndola indebidamente, el acta es nula, no obstante la buena fe de la persona que ha hecho la declaración; en efecto: el acta no ha sido formada por el oficial del estado civil, y la teoría que reposa en el conocido aforismo *error communis facit ius* no sirve a salvarlo de la nulidad. Diversamente debe decirse si el

(1) Dir. civ. I, § 73, pág. 178.

nombramiento del oficial ha sido ilegal o irregular, puesto que no puede ponerse a cargo del particular la averiguación de si aquel que se halle investido de una función pública lo ha sido regularmente; las actas por éste formadas son válidas y continuarán teniendo eficacia en tanto no se proceda a la revocación o anulación del nombramiento. Análogamente sucede si el oficial que ha recibido el acta fuere incompetente por razón de lugar o de la materia; el acta no debe considerarse nula. Esto no debe entenderse de un modo absoluto y general; hay casos en que la incompetencia (especialmente la incompetencia por razón de la materia) implica nulidad; en tal caso se aplicará la disposición del art. 1.316, según la cual el acta no tiene el valor de acto público, sino que valdrá como escritura privada cuando haya sido firmada por las partes.

b) Las indicaciones sustanciales de la persona a quien la declaración se refiere, la fecha y el lugar en que es recibida la indicación del oficial que ha formado el acta, la firma de éste. Los primeros elementos son indispensables para identificar la persona de cuyo estado se trata y fijar con certeza el tiempo y el lugar; el último, la firma del oficial del estado civil, sirve a acreditar que el funcionario público ha intervenido en el acta dándole carácter de autenticidad; aunque se discuta, nosotros creemos que el acta que carezca de la firma del oficial es absolutamente nula.

c) La redacción del acta en los Registros del estado civil, puesto que fuera de ellos no hay certeza, autenticidad ni garantía en orden a su seriedad y a su conservación.

Toda otra indicación, por importante e influyente que sea, no debe considerarse esencial, de modo que su falta no producirá nulidad, sino solamente imperfección o deficiencia en el acta. Así, por ejemplo, si se omite la indicación de la hora en un acta de nacimiento o de muerte, si no han intervenido los testigos requeridos o éstos o el declarante no han firmado; así igualmente si el acta contiene indicaciones que el oficial no debía haber recibido, como, por ejemplo, que el hijo sea incestuoso. En estas y otras semejantes hipótesis se procederá, cuando sea necesario, a la rectificación del acta, integrando su parte defectuosa o su-

primiendo la ilícita. Y cuando no se ácuda o no pueda acudirse a la rectificación, la consecuencia será que el acta hará fe pública por las declaraciones que contiene y por las que no contiene (por ejemplo, la hora de la muerte o del nacimiento); el interesado podrá recurrir a pruebas mediante otros documentos o escrituras y por vía de testimonios.

Normas especiales son dictadas por la ley para la redacción de las actas, en particular, según la naturaleza propia de cada una. A ellas debe recurrirse para juzgar de su integridad y exactitud y para resolver las frecuentes cuestiones que en la práctica se ofrecen sobre su nulidad (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. Concordancias en materia de Actas de estado civil.

Los artículos 350 y siguientes del Código civil italiano y el Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 sobre Registros públicos, concuerdan con el art. 5.º de la ley española de 17 de Junio de 1870. Son también cuatro las secciones en que se divide el registro del estado civil en España (ver art. 5.º de la ley citada). La cuarta viene llamándose desde el Real decreto de 12 de Junio de 1899 «De ciudadanía y de vecindad civil». Todos los actos que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripción principal se anotarán al margen de las partidas de nacimiento (ver art. 60 de la ley citada).

Los artículos 44, 52, 62 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 y Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919 del Derecho italiano citados en el texto, sobre actos que causan inscripción en el libro de nacimientos concuerdan con los artículos 326 del Código civil y 2.º, 3.º y 4.º de la ley española de 1870.

Los artículos 350 y siguientes del Código civil italiano y 152 de la ley municipal y provincial de 4 de Febrero de 1915 citados por el autor, referentes a la facultad del Estado en la ordenación del Registro concuerdan con los 327 del Código civil español y 1.º de la ley citada de 1870. El art. 48 del Código civil italiano referente a la eficacia de Registros eclesiásticos comprensivos de actos anteriores a la promulgación del Código, corresponde al 35 de la ley española de 17 de Junio de 1870.

Los artículos 386 del Código italiano y 167 del Real decreto citado de 15 de Noviembre de 1865 referentes a las personas encargadas de llevar los registros, concuerdan con los 326 del Código civil español, 1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la ley citada de 1870 y 1.º del Reglamento para su aplicación de 13 de Diciembre del mismo año, por virtud de los cuales están encargados de llevar en España el Registro civil los Jueces municipales, la Dirección general de los Registros si la persona a que se refiere el acto no tiene domicilio conocido y los Agentes diplomáticos y Consulares de España en el extranjero cuando el acto inscribible tenga lugar en territorio extranjero. Los artículos 389 y siguientes del Código civil italiano se ocupan de las personas encargadas en campaña de llevar el Registro ocupándose de esta materia en el derecho español los artículos 59, 71, 89 y 90 de la ley citada de 1870, segundo del Reglamento para su ejecución también citado y Decreto de 17 de Julio de 1874 y Reales órdenes de 16 de Octubre y 11 de Diciembre de igual año. El art. 10 del Real decreto ita-

CAPITULO XI

Las personas jurídicas

§ 42.—*Concepto y requisitos de existencia*

Brugi, Ist. § 14; Pacifici, Ist. II, pág. 223; Gianturco, Sist. I, § 32; Chironi, Ist. I, § 28; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 135; Coviello, Man. I, §§ 61, 63, 65, 71; Crome, Par. gen., pág. 145; Zachariae, Man. I, § 38; Aubry et Rau, Cours. I, § 54; Windscheid, Pand. I, §§ 57, 58, 60 y Fadda y Bensa, Ib. pág. 811; Regelsberger, Pand. I, §§ 75, 79, 87, 89 (1).

Vimos a su debido tiempo que, además de los individuos, pueden ser sujetos de derecho organismos sociales, colectivida-

liano de 15 de Noviembre de 1865 referente a las personas encargadas del Registro en los buques de guerra, concuerda con los artículos 55, 72 y 87 de la ley española de 17 de Junio de 1870 y 2.º del Reglamento para su ejecución que atribuyen esta misión al Contador. El art. 396 del Código italiano se refiere a las personas encargadas del Registro civil en orden a los actos referentes a la Real familia; el art. 1.º del Real decreto de 22 de Enero de 1873, en España atribuye esa función al Ministro de Gracia y Justicia asistido del Director general de los Registros.

El art. 363 del Código italiano se refiere al valor del contenido del acta y debe confrontarse con el 327 del español. La falsedad del acta y su anulación pueden declararse en virtud de proceso criminal o a consecuencia de juicio ordinario de mayor cuantía seguido al efecto (artícu-

(1) Ver Salkouski, *Zur Lehre von den justischen personen*, 1863; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, 1868 81; Bolze, *Der Begriff der jurist. personen*, Stuttgart, 1879; Bernatzik, *Die jur. Persönlichkeit der Behörden*, (*Arch. f. off. Recht*, V, 1890, pág. 169 y siguientes); Rümelin *Methodische über die jur. personen*, Treiburg, 1891; Burckhard, *Zur Lehre von den jur. personen* (*Grünhuts Zeitschrift XVIII*, pág. 1 y siguientes); Meurer, *Die jur. personen*, Stuttgart, 1901; Ruffini, *La classificazione delle persone giur.* en *Sinibaldo dei Fieschi* y en *F. G. di Savigny* (*St. per Schupfer II*, pág. 315 y siguientes); Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1896-1900; Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1915 (en la *coller del Fiore*); *Tratt. Dir. civ.*, I, págs. 597-728; Vareilles Sommieres, *Les personnes morales*, París, 1919; Michoud, *La theorie de la personnalité morale*, París, 1906-1909; Saleilles, *De la personnalité juridique*, París, 1910.

des de hombres o de bienes jurídicamente organizadas y elevadas por la ley a sujetos capaces de derechos. Precisa ahora resolver la cuestión referente al modo como la personificación se

los 314 y siguientes y 483 y siguientes del Código penal y de la ley de Enjuiciamiento civil).

El art. 354 del Código civil italiano concuerda con el 21 de la ley de 17 de Junio de 1870, el 353 con el 13 de la misma ley, el 352 con el 20 de esa ley y 21 del Reglamento para su ejecución. Las actas se deben llevar en registros duplicados (artículos 356 del Código italiano y 7.º de la ley de 1870.) El art. 357 del Código italiano referente a garantías de autenticidad, concuerda con el 9 de la ley española de 1870 y 17 de su Reglamento. El 358 sobre modo de redactar actas y practicar la inscripción, concuerda con los artículos 17 de la ley y 19 y 20 de su Reglamento. El 359 del italiano, referente a la práctica de anotaciones con el 35 del Reglamento español de 1870.

Los artículos 365 y 404 del Código italiano referentes a la inspección de los registros, concuerdan con los artículos 40 y 43 de la ley española y 91 a 99 del Reglamento para su ejecución, ambos citados: la inspección superior de los registros corresponde en España al Ministro de Gracia y Justicia, ejerciéndola bajo su dependencia la Dirección general. La inspección ordinaria corresponde a los Jueces de 1.ª instancia.

El art. 362 del Código italiano referente al modo de practicarse la publicidad del Registro, concuerda con los 30 y 34 de la ley española de 1870 y 75 y 76 del Reglamento para su aplicación.

Reparación de errores u omisiones cometidos en la inscripción de actas del Registro civil. El procedimiento para subsanar las faltas u errores cometidos por los funcionarios encargados del Registro del estado civil en España es distinto según los casos y está regulado por las disposiciones siguientes:

A. Errores u omisiones advertidos antes de ser firmada el acta. Estas se subsanarán en la forma prevenida en el art. 17 de la ley del Registro civil de 1870.

B. Errores u omisiones que no refiriéndose a inscripciones firmadas se cometan en los libros del Registro infringiendo las disposiciones vigentes, siendo advertidos con posterioridad. No pueden subsanarse por el procedimiento del art. 17 de la ley citada; el Real decreto de 15 de Febrero de 1904 fija el procedimiento de subsanación.

C. Simples errores materiales cometidos en inscripciones firmadas, tales como error en un nombre, apellido, fecha, etc. El procedimiento de subsanación se determina en la Real orden de 17 de Enero de 1872.

D. Actos del estado civil no inscriptos cuando la ley del Registro civil no exija procedimiento judicial para inscribirlos. Las omisiones se suplen en la forma y con el procedimiento que señala el Real decreto de 19 de Marzo de 1906.

E. Omisiones o errores que advertidos después de firmada la inscripción no sean simples errores materiales. El procedimiento para su subsanación está marcado en el art. 18 de la ley del Registro civil de 1870.

F. Pérdida o destrucción de los libros del Registro. Su reconstitución se rige por el Real decreto de 12 de Enero de 1876 y la Real orden de igual fecha, siendo admisibles toda clase de pruebas según dispone el artículo 327 del Código civil. Los preceptos y procedimientos citados concuerdan sustancialmente con los artículos 401 y siguientes del Código

opera y luego estudiar las condiciones necesarias para la existencia de las personas jurídicas, las diversas figuras que éstas pueden adoptar, la íntima estructura de estos organismos para entender su funcionamiento, conocer su capacidad y saber cómo después de nacidos pueden extinguirse o transformarse.

Persona jurídica no es ya toda reunión de personas o todo conjunto de bienes destinados a un fin, sino una unión tal que dé vida a una unidad orgánica, a un ente en el que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes. Cuando una necesidad humana, un fin de carácter permanente o duradero que no puede conseguirse fácilmente con las fuerzas y actividades de uno solo, determina a varios a unirse y cooperar o impulsar a alguien a destinar para su realización de modo permanente un conjunto de bienes, se origina con la intervención del Estado un nuevo sujeto de derechos que, como la persona física, resulta centro de una serie de relaciones jurídicas.

Persona jurídica puede ser, pues, definida como «toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales».

Pero ¿cómo debe explicarse el fenómeno de la personificación? Muchas teorías han sido ideadas por juristas y filósofos, y no pudiendo hablar aquí de todas nos limitaremos a las principales (1).

La que fué seguida por más tiempo y mantenida por Savig-

civil italiano, 364 y 845 del Código italiano de procedimiento civil y 133 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 a que se refiere el autor en el texto.

(1) Ver Windscheid, Pand. I, § 57, pág. 232, n.; Fadda y Bensa, ibidem, pág. 716; Filomusi, Enc., pág. 200, n.º 1; Regelsberger, Pand. I, § 75, página 289, n.; Crome, Par. gen., § 17, pág. 145, núm. 1, pág. 146, n. a. Para una amplia exposición de las doctrinas extranjeras e italianas, ver Ferrara, *Teoría delle persone giuridiche* y más brevemente el *Tratt. di Dir. civ.*, I, pág. 602 y siguientes.

ny (1) y Windscheid (2) y por muchísimos otros es la teoría llamada de la ficción. Partiendo del concepto de que sólo el hombre puede ser sujeto de derechos, porque fuera de la persona física no existen en realidad otros entes capaces, concibe la persona jurídica como pura creación de la mente, como una ficción; considerada una asociación de hombres o un conjunto de bienes como una unidad intelectual, se finge que existe una persona y se atribuye a ésta la capacidad erigiéndola en sujeto de derechos.

Se comprende fácilmente la ineptitud de tal concepción para explicar la verdadera esencia de la persona jurídica; la ficción es un mero artificio y con ella no se crea un ente que sea distinto de las personas que integran la corporación o de los administradores y destinatarios de los bienes de la fundación. Si el sujeto no puede ser más que el hombre, y aquí no existe un tal sujeto, nada se consigue con fingir que existe. Ni sirve tampoco el declarar que la ficción deba reducirse a una relación de analogía, en virtud de la cual, debiendo referirse el derecho a un sujeto distinto del hombre, el ente se concibe antropomórficamente y a él, como sujeto, es atribuído el derecho, análogamente a lo que ocurre con la persona física. Tampoco aquí hay nada de real en el sujeto si su existencia es y subsiste imaginaria.

Por estas y otras observaciones muchos escritores han rechazado la teoría de la ficción, buscando y hallando en otra parte la esencia de la persona jurídica y en sus elementos constitutivos el sujeto.

Una teoría mantenida por Zitelmann (3) la halla en la voluntad. Es la voluntad la que crea el sujeto, una voluntad pública o privada manifestada en conformidad con las normas del ordenamiento jurídico, que es por sí capaz de dar vida al organismo, y que por ello debe ser considerada en sí y por sí como sujeto. Ahora bien, esta voluntad es en las corporaciones la voluntad del conjunto, distinta de las voluntades particulares de los miem-

(1) *Sistema* II, § 85, pág. 239, y siguientes.

(2) *Pand.* I, § 57, pág. 232 y siguientes.

(3) *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, 1873.

bros y distinta también de la suma de ellas; en las fundaciones, la voluntad de aquel que ha dado a los bienes un destino y que objetivándose se destaca de la persona que la tuvo y la manifestó, asumiendo el carácter de entidad independiente.

También aquí puede objetarse que si no se finge la existencia de una persona se crea como sujeto una entidad abstracta, la voluntad, y se personifica ésta mediante un procedimiento que no corresponde a la realidad de las cosas.

De esta concepción difiere la que, rechazando la idea de una ficción, consideran las personas jurídicas como entes ideales (1) creados por la voluntad, mas no por esto menos existentes, no obstante su naturaleza ideal. Como la voluntad es capaz de dar vida a relaciones jurídicas, así es idónea también para crear entes que no son imaginarios o ficticios, sino entidades efectivamente existentes. Al sujeto natural representado por el hombre se contraponen el sujeto ideal representado por las personas jurídicas; ni la voluntad de la asociación, ni la del fundador, son el sujeto, sino el ente, que es creado por tal voluntad y tiene una existencia efectiva, aunque ideal.

Una base decididamente realística tienen otras doctrinas. Una, enérgicamente defendida por Ihering (2), afirma que el sujeto es siempre el hombre. Toda institución se da siempre en ventaja de los individuos, de especiales personas físicas o grupos de personas; son por esto sujetos en las personas jurídicas de tipo corporativo los miembros de éstas; en las de tipo fundacional, los destinatarios del patrimonio, la serie de individuos en favor de los cuales los bienes se destinan, los enfermos de un hospital, mendigos de un asilo, etc.

Otra, por el contrario, elaborada por Brinz (3), rechaza la

(1) Cicala, *op. cit.* pág. 15 y siguientes.

(2) *Geist des röm. Rechts*, III, §§ 60-61; *Zweck im Recht*, pág. 460 y siguientes.

(3) *Pand.* I, § 59 y siguientes; pág. 194 y siguientes; III, 2, § 432, página 459 y siguientes; § 441, pág. 508 y siguientes y además pueden consultarse, Bekker, *System des heut. Pandr.* I, § 59, pág. 196 y siguientes; Hölder, *Pand.* I, § 26; Böhlman, *Rechtssubject. und Personen rollè.* pág. 4 y siguientes, Bonelli, *Di una nuova teoria della personalità giuridica (Riv. it.,*

idea de la necesidad de un sujeto representado siempre por personas físicas y concibe el conjunto de bienes destinados a un fin como un organismo independiente, erige en sujeto de derecho este organismo patrimonial, es decir, el patrimonio, en cuanto es destinado a un fin, o patrimonio de fin (*Zweckvermögen*).

Contra la teoría de Ihering puede objetarse que es más aplicable a una pura asociación que a una corporación en la que la unidad orgánica del todo se contrapone a los miembros singulares y que la atribución de la cualidad de sujetos a los miembros de la corporación o a los beneficiarios de un patrimonio destruye o, por lo menos, atenúa la individualidad del todo como organismo separado y distinto de los individuos. A la teoría de Brinz se puede objetar que no siempre hay un patrimonio que personifique el sujeto, pudiendo haber personas jurídicas que no tienen patrimonio, aunque tengan capacidad de poseerlo.

La dificultad de hallar solución a tan grave problema es producida especialmente por dos causas, y hay que removerlas y apartarlas si se quiere llegar a resultados satisfactorios. Por una parte, el supuesto de que sólo el individuo es sujeto de derechos y que para que haya un sujeto precisa que haya una entidad, y ésta sólo puede ser la persona física, el hombre. Por otra, la obstinación en hallar una solución única adaptable uniformemente a dos fenómenos jurídicos que tienen naturaleza y caracteres profundamente diversos y el elemento común único es negativo: la falta de un sujeto físico.

Ahora bien; puesto que el derecho se dirige a satisfacer, no sólo las necesidades del individuo, sino también las de los grupos ordenados y organizados de modo que constituyan un todo, las colectividades de este modo constituídas asumen frente al derecho una individualidad propia distinta e independiente de la de sus miembros. Son colectividades políticas, y entre éstas la primera el Estado, o colectividades de otra naturaleza que persiguen fines sociales diversos. Pero cualquiera que sea el modo de su formación y el fin que persiguen son siempre enti-

p. le Sc. giur., IX, 1890, pág. 325); Forlani, *Delle persone giuridiche Arch. giur.*, VII, pág. 1 y siguientes).

dades reales y existentes, unidades orgánicas que viven una vida propia y desenvuelven sus actividades y funciones. Independientes de los particulares, estas asociaciones organizadas tienen, como el individuo, una capacidad patrimonial que les es reconocida por el Estado; no son meras creaciones ficticias o imaginarias, meras abstracciones intelectuales, sino entidades reales, aunque artificialmente creadas, organismos sociales dotados de una voluntad propia e idóneos a manifestarla y actuarla.

Esta concepción, que algunos aplican a ambos tipos de personas jurídicas, se adapta en verdad sólo a las corporaciones; no es adaptable a las fundaciones, en las que el elemento personal resulta secundario frente al elemento patrimonial. Aquí debe decirse que el sujeto es el patrimonio en cuanto es destinado a un fin, o bien el fin mismo a que el conjunto de bienes es destinado. Como quiera que sea, la naturaleza real de ambos tipos es acusada por el substrato que constituye su base: la asociación de las personas que se agrupan para la consecución del fin, el conjunto de bienes que a éste es destinado. La voluntad del organismo es la voluntad común (resultante y no suma de las voluntades individuales de los miembros que lo integran) o la del fundador objetivada y perpetuada en el fin mismo (1).

Con esto no se quiere establecer una analogía entre la persona física y la persona jurídica; de modo que para concebir un sujeto de derechos que no sea la persona natural, no pueda ser imaginado, sino estructurando estos organismos, a imitación del hombre, con un proceso de personificación que a través de la concepción antropomórfica nos conduciría directamente a la teoría de la ficción. Sino únicamente que en cuanto a tales entes es reconocida una capacidad jurídica, debe haber en ellos una voluntad, la cual es representada (y no podía ser de otro modo).

(1) Ferrara, *Personae giuridiche* y la revisión crítica que hace Bonelli, *La teoria della persona giuridica* (*Riv. Dir. civ.*, II, 1910, págs. 445-508, 593-673). A éste ha contestado Ferrara (*Riv. Dir. civ.*, II, 1910, pág. 785 y siguientes, III, 1911, pág. 638 y siguientes. Este autor recientemente (*Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 607) ha reconocido que es artificioso concebir que el substrato de las personas jurídicas puede siempre reducirse a hombres.

por voluntades humanas, pero se convierte en voluntad propia del ente que no se confunde con las voluntades de los individuos asociados en las corporaciones o con las de los administradores o beneficiarios en las fundaciones, y no es tampoco la voluntad transeunte y subjetiva del fundador por haberse destacado de él y haberse perpetuado y objetivado en el fin.

Dijimos ya que la doctrina tradicional distingue dos tipos fundamentales en las personas jurídicas: las corporaciones y las fundaciones, y a éstas pueden reducirse también las demás especies ya admitidas. Substrato de las primeras es una organización de personas (*universitas personarum*) de las últimas, un conjunto de bienes (*universitas bonorum*), un patrimonio convertido en ente autónomo y destinado a un fin (1). La doctrina más moderna tiende decididamente a unificar el concepto de persona jurídica, a una construcción dogmática única que contenga en sí ambas formas y las reduzca a unidad. Ello da lugar a dificultades teóricas que, si no son invencibles, hacen intrincada la doctrina no sencilla de las personas jurídicas. Si el elemento fundamental de las corporaciones es una organización de personas y el de las fundaciones un conjunto de bienes, precisa para la unidad conceptual de ambos tipos unificar ambos elementos, hacerlos comunes a los dos tipos, exigiendo en las corporaciones, a más de una agrupación de personas, un patrimonio, y en las fundaciones, a más del patrimonio, una agrupación de personas. Si es cierto que también en las fundaciones hallamos un elemento personal en cuanto que los bienes se destinan a una necesidad o fin humanos, estando representado tal elemento por los desti-

(1) Se admite por algunos autores una tercera categoría de entes, las «instituciones» (Salandra Dir. amm., pág. 607) cuyo elemento esencial es un fin determinado sin que sea necesaria la base de una asociación de personas o de un conjunto de bienes. Tales serían, por ejemplo, las Congregaciones de caridad, las cuales en el momento en que fueron reconocidas por la ley no tenían ni un patrimonio ni una asociación de personas; su personalidad radica, por tanto, en la personificación del fin, la asistencia de los indigentes. No creo útil a la dogmática este *tertium genus*; las Congregaciones que en el momento de surgir no tengan bienes, son personas jurídicas en espera de un patrimonio y esto basta para incluirlas en los tipos tradicionales.

natarios presentes y futuros que benefician del patrimonio, y si es cierto que en las corporaciones se da también un elemento patrimonial en las que no puede faltar éste para conseguir el fin, no puede negarse que el elemento personal en las fundaciones y el patrimonial en las corporaciones, tienen funciones e importancia muy diversas de las de aquel que constituye el elemento esencial en cada una.

Las personas en la corporación están determinadas en cada momento de su vida, mientras en la fundación son indeterminadas; es una verdadera y propia organización unitaria que descansa en el vínculo de colectividad orgánica la que reúne a los miembros singulares en el colegio; falta toda idea de organización y de vínculo en los beneficiarios de la fundación que sólo poseen una cierta condición común (enfermedad, defecto físico, pertenencia a una ciudad) exigida por la voluntad del fundador para poder ser admitidos al beneficio. Pudiera añadirse que sólo idealmente se consigue concebir una unidad en la pluralidad sucesiva de beneficiarios que se suceden en el tiempo en el goce del patrimonio.

Por el contrario, si un patrimonio no falta por lo común en las corporaciones, puede, sin embargo, faltar actualmente, sin que por esto la *universitas* pierda su carácter de persona jurídica, mientras que no se concibe fundación sin el acto primordial y esencial de destino de un patrimonio a un fin.

El elemento personal es preponderante en las corporaciones como en las fundaciones lo es el patrimonial; pero, además, un ulterior criterio es decisivo para la distinción, y es el de la voluntad que da vida al organismo y lo rige luego de nacer. Mientras en la corporación es la voluntad de sus miembros la que impera y la que gobierna y rige el organismo, pudiendo del mismo modo que asigna un fin inicial a éste cambiarlo modificando (en determinadas condiciones) su estatuto, en la fundación, el ente se rige por virtud de una voluntad que es extraña a la serie de destinatarios y de administradores, la voluntad del fundador es la única que impera soberana de modo que ni un cambio de fin ni un diverso destino del patrimonio es consentido (salvo las causas que por razones de orden o utilidad públi-

cos autorizan al Estado a sustituir el fin frustrado o irrealizable por un fin nuevo y más útil).

La reducción a unidad conceptual del doble y complejo fenómeno que hace surgir las personas jurídicas, es sólo posible, en nuestra opinión, desde un punto de vista muy general, sin prescindir de las diversidades substanciales de ambos tipos fundamentales. De estos tipos, cada uno ofrece formas particulares y diversas, según el fin a que tienden, función que realizan, estructura que adoptan por la distinta combinación del elemento personal con el patrimonial, y se dan figuras intermedias que difícilmente pueden incluirse en los tipos citados. El problema en sí de la doctrina de las personas jurídicas es vasto y arduo, sobre todo para la ciencia civilista italiana, que no halla en el Código una disciplina más o menos completa, como la ofrece el Código alemán (§§ 21-89), y en la que se hacen precisas otras distinciones a más de la indicada.

Tenida en cuenta la diversa función que en el tipo corporativo y en el fundacional corresponde al elemento personal y al patrimonial y refiriéndonos a los requisitos para que la persona jurídica exista, puede decirse que los esenciales de éstos son tres: una organización de personas o de bienes, un fin y el reconocimiento por el Estado.

1) *Organización de personas y de bienes.*

a) La pluralidad de las personas en los entes colectivos (colegio, sociedad, asociación, corporación) debe ser una pluralidad unitaria, constituir una unidad corporativa en la que las individualidades de los asociados desaparecen para dar lugar —como resultado final del proceso de unificación— a una nueva personalidad.

No precisa, como en los *Collegia* de derecho romano (1), un número mínimo de tres personas para poderse tomar un acuerdo por mayoría; para formar el ente bastan dos personas (a no ser que la ley prescriba un número mayor), puesto que los acuerdos pueden ser tomados por otros procedimientos que no

(1) Marcelo. fr. 85. D. 50. 16. *Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est.*

sean el de mayoría. Y en rigor, cuando el ente se ha constituido podrían reducirse a un solo miembro, sin que por esto la persona jurídica debiera considerarse extinguida (1), si bien falte en ella su substrato fundamental. Tampoco la existencia del ente está ligada con la identidad de las personas; aquélla es independiente del cambio de sus miembros, y la pluralidad puede sustituirse toda 'merced a cambios sucesivos de los socios y, no obstante, la unidad orgánica del cuerpo subsistir íntegra e idéntica (2).

Esto es cierto sólo por regla general, y sólo así también vale el otro principio según el cual, en caso de separación del miembro de la agrupación, no tiene derecho a una cuota de patrimonio; en formas especiales de sociedad, el cambio de las personas implica disolución del ente.

El vínculo que une la pluralidad y la hace unitaria depende de la causa que ha determinado a los particulares a asociarse y del fin que al asociarse persiguen. La unión puede haber sido querida libremente (y esto es lo que ocurre corrientemente) por fines de lucro, humanitarios o científicos, etc.; puede ser impuesta coactivamente por la ley cuando para la consecución de los fines que exceden a las fuerzas de un solo individuo y tienen un marcado interés social predominante, sobre el interés particular de los individuos se impone a determinados individuos con requisitos especiales (como, por ejemplo, la posesión de inmuebles, la gestión de una industria) la cooperación en la forma corporativa (como, por ejemplo, en materia de consorcios). Surge, por tanto, el vínculo, cualquiera que sea la causa de la asociación del acto de constitución de la entidad, que del mismo modo que une y liga a los que primero la fundaron, así igualmente liga a

(1) Ulpiano, fr. 7. § 2. D. 3. 4. *Si universitas ad unum redit magis admittitur posse eum convenire et conveniri eum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis.* Hay quien cree que Ulpiano aquí no afirma que la «Universitas» subsista como tal, sino que se limita a afirmar la posibilidad del ejercicio de las acciones activa y pasivamente en cuanto subsiste el *nomen universitatis*.

(2) Ulpiano, fr. cit. *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem (iidem) maneant au pars maneant vel omnes immutati suut.*

los nuevos miembros a quienes el pacto social se extiende por tácita aceptación. Y surge así, con el reconocimiento por parte del Estado, aquella unidad cuyo más importante efecto es hacer que todas las relaciones jurídicas se refieran de modo exclusivo al ente. Las relaciones jurídicas patrimoniales, activas o pasivas, de la entidad, son extrañas a los miembros como individualidades; el principio que rige la unión es el de la perfecta separación de la nueva personalidad jurídica, de las personalidades de los miembros (1).

b) El patrimonio, que no suele faltar en los entes corporativos, desempeña una función esencial en los demás (institutos, instituciones, establecimientos, fundaciones), constituyendo el subtrato necesario. Más difícil y más artificioso resulta en éstos el proceso de personificación por faltar la asociación de personas que facilitan la construcción de una figura nueva de sujeto; y esto explica por qué en el derecho romano el tipo de la *universitas bonorum* se ofrezca bastante tarde, dibujándose más claramente al impulso de los sentimientos cristianos de piedad y caridad en las *piae causae* (2), y sólo posteriormente el tipo adquiere caracteres y líneas precisas; una más marcada individualidad ofrece el *fiscus* (3) y la *hereditas iacens*. Patrimonio puede ser cualquier conjunto de bienes (inmuebles, crédito, dinero) que el fundador destina a un fin de modo perpetuo y con la intención de crear un ente autónomo e independiente. Decisiva es, pues, la voluntad del fundador, ya sea éste un particular, una asociación de personas o el Estado mismo; y es decisiva para el nacimiento de la nueva persona jurídica, para su vida ulterior y hasta para su fin eventual, que puede ser también previsto y regulado por el fundador. Pero la voluntad no es por sí

(1) Expresado muy incisivamente en las palabras de Ulpiano, fr. 7. § 1. D. 3. 4. *Si quid universitati debetur singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.*

(2) Ver Gurke, op. cit. III, pág. 373; Ruffini, op. cit. pág. 325; Brugi, *Le pie fondazioni cristiane nel diritto romano* (Atti Ist. ven., VII, 1895-96, página 1.061 y siguientes; Saleilles, *Piae causae en Melanges Girardin*, 1911, pág. 228.

(3) Vassalli, *Concetto e natura del fisco* (en *Studi Senesi XXV*, 1908).

eficaz si a la intención de crear el ente no acompaña el acto de destinación de los bienes o éstos no sean dados en la medida que baste a la consecución del fin.

La voluntad del fundador puede manifestarse en un acto entre vivos o en una disposición *mortis causa*. Y su actuación puede ser de dos modos: o el acto de liberalidad (donación o disposición de última voluntad) impone al donatario o heredero como carga modal la constitución del nuevo ente, al cual deberán consagrarse en todo o en parte, según la medida de la carga impuesta, los bienes donados o dejados testamentariamente, o resulta dirigido rectamente a la creación del ente en cuanto la donación o disposición testamentaria se hace en favor de la persona jurídica que se intenta crear. En el primer caso, la disposición o donación modal se dirige a un intermediario a cuyo cargo se confía la fundación del ente; en la disposición o donación directa falta el intermediario. Graves y largas controversias surgieron ya en el pasado en la doctrina civilística sobre la validez de las disposiciones directas. Si para las modales no se dudó que el heredero o donatario a quien se impone la carga se halla obligado a cumplir ésta creando el ente y destinando a él toda la liberalidad, si el *modus* la absorbe íntegramente y puede ser forzado a cumplir la obligación cuando voluntariamente no la cumple por el donante mismo, por los herederos del fundador, por los albaceas testamentarios y, en todo caso, por el Consejo municipal o por la Congregación de caridad del lugar, según nuestra legislación (1); discusiones e incertidumbres surgieron sobre la validez de la disposición directa, pareciendo el principio según el cual la institución de heredero o la donación exige una persona existente y capaz de recibir y aceptar la herencia o la donación inconciliable con el caso nuestro en que la persona no ha nacido aún porque el ente todavía no ha sido creado. El expediente a que se recurrió fué el de una aplicación analógica del principio que consiente las liberalidades a favor de los concebidos no nacidos

(1) Ver ley de 17 de Julio de 1890 sobre instituciones públicas de beneficencia, artículos 7 y 51; Real decreto de 26 de Junio de 1864, artículos 2 y 4.

aún e incluso aquellas en favor de los hijos de determinada persona aún no concebidos; es decir, que como en el caso del no nacido o no concebido, así también en el del ente aún no creado debe admitirse la posibilidad y eficacia jurídica del destino de los bienes a persona que aún no existe, pero cuya existencia se espera.

Pero ni de este ni de otros recursos hay necesidad de servirse en nuestro derecho por las disposiciones de la ley de 17 de Julio de 1890 con su Reglamento de 5 de Febrero de 1891 y por las del Decreto de 26 de Junio de 1864. Preveía este último la validez de la liberalidad destinada a la creación de un ente autorizando a cualquiera a provocar la creación recurriendo a la autoridad y preordenando la administración interina del matrimonio. Decididamente la reconoce para las instituciones de beneficencia la ley de 1890 al imponer al Notario (con cuya intervención se abran testamentos o se estipulen donaciones encaminadas a crear tales instituciones) la obligación de denunciarlas al Alcalde y a cargo de éste la de transmitir la denuncia a la Congregación de caridad estableciendo que ésta proceda a los actos de conservación y promueva el reconocimiento legal de la nueva entidad (artículos 84 y 8 de la ley, 93 y 128 del Reglamento) (1).

2) *Fin.*—Que las colectividades y los patrimonios tengan un fin y que éste sea lícito, es requisito que se comprende fácilmente; el Estado no podría tolerar que surgiesen y actuasen en su territorio entes dotados de personalidad jurídica que tendiesen a fines ilícitos inmorales o peligrosos para el orden público o en un modo cualquiera contrarios al ordenamiento social y jurídico. Es aquí especialmente en donde la intervención del Estado en la constitución, o por lo menos en la acción de las personas jurídicas, se manifiesta justificada y legítima, ya que aun cuando el reconocimiento no sea un requisito esencial para

(1) Para el caso de disposiciones genéricas a favor de pobres sin indicación del uso u obra pía se aplica el art. 832 del Código civil que declara que se entienden hechas a favor de los pobres del lugar en que el testador tuvo su domicilio o entregando los bienes a la institución local de caridad.

la existencia de la entidad, no puede prescindirse nunca de la autorización del Estado (ya sea expresa o ya tácita, es decir, implícita en el hecho de que al ente no se le impida desenvolver su propia actividad), y ésta se funda siempre en la valuación del fin, que no puede contradecir los fines universales de la sociedad representada en el Estado. Más bajo de esta forma tenue de intervención no es posible descender en un ordenamiento cualquiera; aun cuando el reconocimiento del Estado no se considere con virtud creadora ni se juzgue necesaria para el nacimiento del ente una previa autorización de la soberanía, siempre corresponderá al Estado el poder disolver las entidades que hayan surgido con fines ilícitos o incompatibles con el ordenamiento (1), el prohibir o limitar su actividad cuando se trate de personas jurídicas extranjeras que actúen en el territorio del Estado.

Fuera de la ilicitud no hay otra limitación en los fines; pueden ser lucrativos o religiosos, de beneficencia o de cultura, de recreo o de estudio; puede la utilidad extenderse a una esfera más amplia de personas, como los habitantes de un municipio los miembros de una clase social, los nacionales de un país; puede el beneficio limitarse a los socios del colegio y ser el fin completamente público o privado. Pero es necesario que se trate de fin determinado y racional, duradero y no individual.

El fin no es idóneo si es individual porque está en pugna con la razón de ser de las personas jurídicas; no se admite la constitución de un organismo complejo para la consecución de un fin que no interese a un grupo más o menos extenso de personas. Indiferente es, por el contrario, que la pluralidad más o menos extensa de personas sea considerada como grupo de particulares o como parte del consorcio social. Que el fin no deba necesariamente consistir en una utilidad pública, se demuestra con el hecho de que los entes colectivos (como, por ejemplo, las aso-

(1) Es muy interesante en este respecto la historia de los *Collegie* en Roma que en su origen se constituían sin intervención del Estado y que fueron varias veces suprimidos hasta que al final de la República se introdujo un nuevo régimen que instauró el sistema de la autorización preventiva (ver Coli, *Collegie e sodalitates*, Bologne, 1913).

ciaciones profesionales (1), las sociedades de socorros mutuos, las cajas de pensiones consideradas como entes morales), sólo miran a la utilidad de sus miembros. Raro resulta en las fundaciones de fin meramente privado, que si se dirige a la beneficencia asumen el carácter de públicas por el alto interés social que ofrecen, que las somete a una intensa disciplina del Estado.

El fin debe ser duradero, no meramente transitorio. Esto no significa que para que se dé una persona jurídica precise un fin perpetuo o indefinido en el tiempo. Si, por regla general, es perpetuo, sin embargo, suelen crearse entes colectivos e instituirse fundaciones para la consecución de fines y satisfacción de necesidades que no se renuevan perpetuamente (como en un hospital o en un asilo, la cura de los enfermos y la hospitalidad de los indigentes), sino que son determinados y percederos; las sociedades creadas para obras públicas, los consorcios para los saneamientos y desecaciones, las fundaciones destinadas a patrocinar y estimular un determinado descubrimiento científico o industrial, tienen prefijada desde el momento en que surgen la duración de su existencia. Duradero y permanente debe ser el fin en el sentido que sería insuficiente a justificar la creación de un organismo nuevo, un fin que pudiera conseguirse fácilmente de una sola vez y con la actuación de una sola persona.

Tampoco puede ser indeterminado el destino del patrimonio, faltaría su base (la voluntad del fundador) si tal voluntad no fuese dirigida a un fin determinado, como resultaría sin causa y, por consiguiente, ineficaz la de los asociados si éstos ignorasen el fin para que se asociaron. Puede, sí, ser múltiple cuando persigue varios fines homogéneos y conciliables entre sí sin que la multiplicidad del fin destruya la unidad de la entidad.

3) *Reconocimiento*.—Si en el período republicano de Roma, los *collegia* no tuvieron necesidad del reconocimiento por parte del Estado (habiéndose sólo más tarde instaurado el sistema de la autorización confirmativa luego de las primeras supresiones de

(1) Barassi, *Le associazioni professionali* (*Riv. Dir. civ.*, VIII, 1916, página 437 y siguientes).

os que se consideraron ilícitos o inútiles) y si posteriormente en otros derechos pudo discutirse sobre su necesidad para la existencia de los entes colectivos y de las fundaciones es indudable que en nuestro derecho vigente el reconocimiento es requisito esencial. De su necesidad no puede dudarse, dada la explícita disposición del art. 2.º del Código civil, que declara personas capaces y admitidas al goce de los derechos civiles, «los Municipios, las provincias, los establecimientos públicos, civiles o eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales *legalmente reconocidos*» (1).

La discusión resulta agudizada en orden al valor intrínseco que debe asignarse al reconocimiento del Estado y no tiene sólo importancia doctrinal, sino que de su resolución en uno u otro sentido se derivan efectos prácticos diversos. ¿El acto del Estado es creador de la persona jurídica en cuanto que al conferirle la personalidad lo convierten en sujeto capaz de derechos y hace así posibles las relaciones jurídicas del ente, o tiene solamente valor confirmativo en cuanto que se limita a reconocer la existencia de entidad ya formada que adquirió unidad orgánica por propia virtud? La idea de la función creadora del Estado podría aparecer más justificada para aquellas personas que, como las fundaciones, exigen un esfuerzo mayor de abstracción para concebir su intelectual unidad como sujeto; aparece menos justificada con relación a los entes corporativos. Nosotros participamos de la opinión de los que creen que la función no es creadora: existe de hecho un patrimonio destinado a un fin o una asociación de personas unidas por un vínculo unitario y el Estado no hace sino reconocer estas formaciones espontáneas. El ser el reconocimiento un acto sucesivo a estas formaciones, demuestra precisamente que el Estado no crea sino que, permitiendo su subsistencia, las habilita como sujetos para obrar jurídicamente (2).

(1) Infundada y contraria a la ley es la tesis opuesta de Faggella, *Il riconoscimento legale delle corporazioni e delle fondazioni*, Torino, 1913, que sostiene que debe prescindirse de tal requisito.

(2) Ver Ferrara, *Persone giur.*, pág. 416.

Cierto que del reconocimiento por parte del Estado arranca la personalidad jurídica del ente (1).

El reconocimiento puede ocurrir de dos modos: *a*) determinadamente, caso por caso, en cuanto que a cada formación orgánica el Estado, previo examen de los requisitos en cada entidad que aspire a convertirse en persona jurídica las reconoce la capacidad (sistema de la concesión); *b*) o bien *por modo general por categorías* enteras de entes, que podrán surgir en futuro, en cuanto la ley preventivamente fija las condiciones y las normas con cuya observancia las nuevas formaciones adquieren el carácter de personas jurídicas reconocidas (sistema normativo). Pertenece a este segundo modo el reconocimiento adoptado, por ejemplo, por el Código de Comercio para las sociedades mercantiles (que según lo dispuesto en el art. 77 constituyen, respecto a las terceras entidades colectivas, distintas de las personas de los socios), porque cumplidas las formalidades prescritas, en la ley, asumen sin más el carácter de cuerpos morales. El primero tiene lugar mediante un acto que puede emanar del poder legislativo (ley especial) o del ejecutivo (decreto real). Si bien nuestro derecho no regula con una norma expresa esta materia y no declara cuál es el órgano del Estado competente para hacer el reconocimiento, es indudable que el poder ejecutivo, cuando no se disponga otra cosa, es el competente; para el reconocimiento de algunos entes (instituciones públicas de beneficencia, ley de 17 de Julio de 1890, art. 51) se requiere Real decreto (2). Puede el reconocimiento ser hecho mediante otro proce-

(1) El reconocimiento, en tanto no es revocado por la autoridad que lo ha concedido, es título idóneo para la vida jurídica del ente, cualquiera que sea el defecto de voluntad o de forma del acto constitutivo o fundacional.

(2) Con la guerra 1914-18 se introdujeron nuevas normas adoptando el reconocimiento mediante Decreto prefecticio o ministerial. Así, por ejemplo, para las juntas y asociaciones, para la asistencia civil, el Decreto-ley de 25 de Julio de 1915 confirió a los prefectos la facultad de concederles mediante Decreto la capacidad de obrar y de comparecer en juicio; a los entes autónomos de consumo, cooperativas de consumo y sus consorcios la personalidad les era concedida por el Ministro de Agricultura o por el Comisario general de aprovisionamientos (Decreto-ley

dimiento; c) tácitamente, con la aprobación de los actos realizados por el ente o la autorización a éste para realizar determinados actos que presupongan el reconocimiento y según algunos hasta la posesión de estado, es decir, el haber un ente obrado siempre como persona jurídica reconocida, sería suficiente, como ha ocurrido para los entes eclesiásticos conservados (1).

Una sola persona jurídica lo es sin necesidad de reconocimiento: el Estado. Fuente de la personalidad de los demás entes públicos o privados, la personalidad jurídica se adquiere por el Estado en virtud de su propia formación, no pudiendo derivar a él de otra autoridad soberana (2).

Tampoco necesitan de reconocimiento las personas jurídicas extranjeras, pero por otra causa. La capacidad de éstas, según nuestras normas de conflicto es regulada por su ley nacional; se debe, pues, según esto, averiguar si los entes extranjeros han adquirido en el propio Estado la capacidad de Derecho, siendo indiferente que la ley extranjera exija o no como requisito el reconocimiento, y si la adquirieron no puede la ley de un Estado diverso al exigir un nuevo reconocimiento propio, desconocer su personalidad y su existencia jurídica. La resolución en tal sentido se impone en el derecho italiano por lo dispuesto (3) en el artículo 6.º de las disposiciones transitorias y por el art. 3.º del Código civil, que fueron oportunamente examinados. Cuestión muy diferente es si el Estado puede prohibir en su territorio el

de 26 de Mayo de 1918 y otros anteriores). El sistema de la concesión de la personalidad *por Registro* que es aceptado por las más modernas legislaciones (Código civil alemán, § 21 y siguientes, 61 y siguientes; el Código civil suizo, art. 60 y siguientes; ver Menrer, *Die juristischen Personen*, página 216 y siguientes); es tímidamente afirmado en la legislación italiana, pero es augurable que prevalezca dado su carácter liberal y práctico.

(1) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, página 818, y siguientes.

(2) Se prescinde aquí naturalmente de toda cuestión sobre el reconocimiento de los Estados en el campo del derecho internacional; se trata de otros efectos que trascienden de la esfera del derecho interno y, por consiguiente de otras normas jurídicas.

(3) Un resumen de la discusión y una noticia bibliográfica puede verse en Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 821 y siguientes; Venzi en Pacifici, Ist. II, pág. 238 y siguientes.

ejercicio de los derechos a una persona jurídica extranjera que por los fines que persiga sea contraria al orden público o se oponga a las normas prohibitivas internas. Es indudable que tal facultad corresponde al Estado en este caso con relación a las personas jurídicas como le corresponde igualmente con relación a las físicas (disp. prel., art. 12); en cuanto a las demás limitaciones de orden público, como por ejemplo, la de que las personas jurídicas no pueden adquirir bienes inmuebles sin previa autorización del Estado, se halla fuera de duda que por la equiparación del extranjero al ciudadano, deben también supeditarse a aquélla las personas jurídicas extranjeras (1) (2).

(1) En cuanto al modo de determinar su nacionalidad no reina conformidad entre los autores. Hay que eliminar el criterio de la nacionalidad de los miembros en la corporación o de la nacionalidad de los destinatarios o fundador en la fundación, dada la distinta personalidad del ente con relación a la de sus miembros. Es dudoso si deba considerarse decisivo el lugar en que el ente tiene su domicilio o donde radica el interés colectivo que el ente tiende a satisfacer o la pertenencia al Estado que los reconoce. Nosotros creemos según la opinión dominante que debe prevalecer el último criterio; y que es el acto de reconocimiento que confiere la personalidad jurídica al ente el que le confiere también la nacionalidad del Estado que lo efectúa. Sólo en modo subsidiario intervendrán los criterios del domicilio, de la nacionalidad, de los miembros, del lugar en que radica el interés colectivo que constituye su objeto; ver Venzi en *Pacifici*, *Ist. II*, pág. 97 y siguientes (n. o.); Ferrara en *Riv. di Dir. pubbl.*, 1912, I, pág. 364 y siguientes; Fadda, *La nazionalità delle persone giuridiche* (*Atti R. Acc. Sc. mor. e pol. di Napoli*, XXXIV, 1890). Recientemente Ferrara (*Tratt. di Dir. civ.* I, pág. 361 y *Diritto di guerra e diritto di pace* en *Riv. di Dir. comm.*, 1918, I, pág. 709) con la dolorosa experiencia de la guerra que patentizó la insuficiencia y peligro de la noción formal de la sede o del reconocimiento, ha proclamado la inconsistencia de la opinión dominante declarando que el criterio más seguro para determinar la nacionalidad de los entes colectivos, es el de penetrar en la constitución y en el fin de los mismos. La mentalidad bélica es, sin embargo, demasiado unilateral y apasionada para dictar criterios seguros y dogmáticamente impecables.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — Compárense los artículos 2.º del Código civil italiano y disposición 12 preliminar con el 35 y 11 del Código español y el 77 del Código de Comercio italiano con el 116 del de Comercio español.

§ 43.—*Categorías. Capacidad y representación*

Brugi, Ist. § 14; Pacifici, Ist. II, pág. 232; Gianturco, Sist. I, §§ 32-33; Chironi, Ist. § 29; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 155; Coviello, Man. I, §§ 62, 66, 68; Crome, Par. gen., págs. 152, 159, 175; Zachariae, Man. I, § 39; Aubry et Rau, Cours., I, página 281; Windscheid, Pand. I, § 59 y Fadda y Bensa, Ibid. págs. 775, 802; Regelsberger, Pand. I, §§ 80-84, 90-91.

Nada uniforme resulta en nuestro derecho la terminología usada para la designación de las personas jurídicas, lo cual si de una parte es provocado por la múltiple variedad de formas que estos organismos asumen en la vida social, es causa por otra de confusiones y discusiones graves sobre la categoría o especie en que un determinado ente debe incluirse y sobre la disciplina jurídica que debe regularlos. Rara vez usan nuestras leyes del término técnico «personas jurídicas» que científicamente es más exacto; hablan, por regla general, por influjo de la terminología canónica (*corpus myseicum*) de *cuerpo moral*, *ente* o *persona moral* y frecuentemente de *Institutos* o *Establecimientos* y según que predomine la asociación corporativa o la erección de un patrimonio en entidad de *corporaciones* o *asociaciones de obras pías*, *entes de mano muerta*, *fundaciones*.

Varia también es la disciplina jurídica contenida en una serie infinita de normas legislativas o reglamentarias entre las cuales resulta fundamental el principio del art. 2.º del Código civil: «Los Municipios, las provincias, los institutos públicos civiles o eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales legalmente reconocidos, son considerados como personas y gozan de los derechos civiles según las leyes y los usos observados de derecho público». No obstante esta variedad, es posible y facilita la comprensión de tan ardua materia ofrecer algunas distinciones fundamentales, agrupando en categorías los diversos tipos. El criterio puede ser el origen, el fin o la función del ente, y prescindiendo ahora de las figuras de corporación y de fundación las máximas divisiones pueden reducirse a las siguientes:

a) *Entes públicos y privados*.—Es esta, sin duda, la más im-

portante entre todas por los efectos distintos que produce la cualidad pública o privada del ente. La ley misma la reconoce y la presupone cuando habla de institutos públicos en contraposición a otros que no son tales (Código civil, artículos 2.º, 425, 832, 2.095) y sienta una disciplina jurídica completa de las obras pías consideradas como institutos o establecimientos públicos (ley de 17 de Julio de 1890). Pero como no ofrece el criterio distintivo, se discute mucho por los escritores (1).

Para unos es el *origen*, según que sea la voluntad privada (del fundador o del grupo de los particulares asociados) la que determine la formación del ente o la voluntad del Estado, la entidad será privada o pública, independientemente del fin que se proponga o de la función que realice. Pero es fácil observar que si el origen es decisivo cuando es el Estado quien funda el instituto, porque del acto creador de aquél sólo pueden resultar entes públicos, no lo es cuando se trata de la voluntad privada que puede crear, no sólo entes privados, sino también públicos; muchas de las obras pías que la legislación vigente enumera entre las personas jurídicas públicas tienen su origen en liberalidades de los particulares y nada obsta ni siquiera en abstracto a que el patrimonio de un ente público provenga de una disposición privada.

Mejor, según otros, es el criterio del *fin*. Público es el ente cuando se propone un fin público, cuando se dirige a la satisfacción de un interés social, de una necesidad general más o menos extensa; privado es aquel cuyo fin es privado, es decir, que no interesa a la generalidad, sino sólo a particulares individuos. Proveen a necesidades de la primera especie, ante todo el Estado mismo y los demás organismos mayores políticos y administrativos como las provincias y los Municipios, pero al lado de éstos y subordinados a ellos, provee también a tales necesidades una numerosa serie de instituciones, como las instituciones públicas

(1) Una reseña analítica de las diversas teorías puede verse en Ferrara, *La classificazione delle persone giuridiche* (*Riv. Dir. pubbl.*, 1912, I, página 345 y siguientes) y *Tratt. di Dir. civ.* I, pág. 621 y siguientes.

de beneficencia y congregaciones de caridad, institutos eclesiásticos y muchos entes autónomos que forman parte de la administración del Estado. Persiguen fines privados: las cooperativas, las sociedades de socorros mutuos, sociedades mercantiles, patrimonios destinados a beneficio de los miembros de una familia. Tal criterio no es siempre seguro, por no ser posible establecer en todos los casos cuándo termina la utilidad general (¿por qué se da ésta, por ejemplo, en un hospital fundado por una corporación de artes y oficios para sus propios miembros y no en una sociedad de socorros mutuos?) y cuándo comienza la privada (puede una misma institución tender a la utilidad de algunos individuos y, al propio tiempo, de la generalidad); ni de la naturaleza pública del fin, deriva siempre el carácter público del ente.

Otros se muestran partidarios del criterio de la *función* que el ente realiza, y teniendo en cuenta que los entes de carácter público llevan adjunto el ejercicio de un poder público, en tanto un *ius imperii* falta en los privados declaran ser públicos los entes que son ya de por sí, por propia naturaleza intrínseca, órganos del Estado o asumen la función de órganos de éste en cuanto realizan o integran sus fines.

Carácter diferencial sería, por tanto, el ser el ente parte de organismo político-administrativo del Estado y esto es substancialmente exacto, no pudiendo concebirse órganos (directos o indirectos) del Estado, que no participen del *ius imperii*, del poder público. Pero puesto que, según este concepto, en el grupo de los entes privados vendrían incluidos, no sólo los que persiguen la utilidad privada, sino también los que satisfacen una necesidad pública, con tal que no sean partícipes en el ejercicio del poder público, se impondría una subdistinción entre entes privados de utilidad pública y entes privados de utilidad privada.

Pero surge la duda de si en nuestro derecho positivo pueden ser considerados como privados los entes cuyo fin sea una utilidad pública. Preferible juzgamos la teoría que deduce la cualidad pública del ente, del ejercicio de un derecho de imperio que hace adquirir a la institución el carácter de órgano del Es-

tado o la que la deduce de la naturaleza pública del fin (1).

Las consecuencias que derivan del carácter público o privado del ente se evidencian en casi todos los actos de la vida del mismo. Abstracción hecha de particularidades más o menos excepcionales no raras en nuestro derecho (que no pocas veces someten institutos privados a disciplinas propias de los públicos o exoneran a algunos de estos de las restricciones comunes a los demás) con carácter general puede afirmarse lo siguiente:

α) La condición de público lleva consigo una mayor vigilancia por parte del Estado. El Estado tiene un poder de vigilancia o control sobre todas las personas jurídicas, ya sean públicas o privadas. Pero por el interés general que las primeras implican, esta tutela del Estado se ejerce en ellas en una medida más intensa y enérgica, con intervención más asidua y directa en cada acto del instituto.

Para expresar esto con una fórmula sencilla, pudiera decirse que en éstas la ingerencia del Estado tiene una función positiva e integrante, dirigiéndose la tutela que dispensa a promover la actividad benéfica a exigir el cumplimiento del fin; para los actos privados, una función negativa en cuanto que el Estado se limita solamente a impedir que se viole el orden público o se malogre la voluntad del fundador o se obre de un modo ilegítimo.

β) En las corporaciones privadas coincide el interés de la entidad con el de los particulares en cuanto que aun siendo una

(1) Según Forti, *Amministrazione pubblica e attività economico-privata. Contributo alla classificazione delle persone giuridiche nel Dir. et.* (Studi per Marghieri, pág. 143 y siguientes) el criterio del ejercicio de un derecho de *imperium* si bien no inexacto en sí y por sí, es el menos feliz, implicando una petición de principio. Para superar toda dificultad teórica y práctica, propone el de la organización del ente: precisa según esto averiguar el carácter del ente a través de su organización, siendo público si la organización tiene carácter público. Sobre el problema muy delicado y prácticamente muy importante de la distinción entre derecho público y derecho privado, ver Ferraris, *La classificazione delle persone morali di Dir. pubbl.* (Riv. di Dir. pubbl., 1919, I, pág. 433 y siguientes); Ranalletti, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative* (ib., 1916, I, página 337 y siguientes); Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* (Ann. di univ. toscane, 1920).

persona jurídica distinta de las de los socios los actúa en provecho de los miembros; ellos son el fin de la corporación, porque el interés de ésta se reduce en definitiva a la suma de los intereses individuales de los socios. Lo que el cuerpo moral produce es en provecho de éstos y entre éstos también se divide el patrimonio cuando el cuerpo se disuelve. Esto no lo encontramos en las corporaciones de carácter público, precisamente porque público es el fin; el interés del cuerpo moral resulta netamente distinto y separado del de los miembros, los cuales representan el medio con que el fin se actúa, quedando éste, por su generalidad, fuera de ellos.

γ) Ya dijimos que la voluntad de los asociados era decisiva para la vida y función del ente corporativo y que, en cambio, en la fundación lo era la del fundador. Pero cuando la corporación tiene carácter público la voluntad de los miembros no es ya tal y viene sustituida por la voluntad del Estado, que es el único árbitro para decidir de la existencia, exteriorización de la voluntad del ente, de su finalidad. Esta sustitución de la voluntad privada por la pública puede tener lugar también en las fundaciones, ya que si aquí es el acto del fundador el que regula el ente de un modo perpetuo, esta voluntad del fundador puede en los institutos públicos ser sustituida por la del Estado, no ya sólo para impedir que se persigan fines no consentidos por la ley, sino también para complementar los queridos por el fundador lícitamente o para encaminarla hacia una utilidad más amplia.

b) *Entes civiles y eclesiásticos.*—También esta distinción se halla en nuestro derecho (Código civil, artículos 2.433 y 2.434) y tiene importancia grande, sobre todo porque fué en el campo de los institutos eclesiásticos donde la legislación italiana, al tiempo de la Independencia, más activamente influyó despojando de personalidad jurídica a entes que antes la tenían y negándola preventivamente a los que pudieran surgir en el futuro. Pero el criterio es aquí más simple y más seguro que en la distinción precedente y es dado por el fin religioso y de culto que las corporaciones o las fundaciones se proponen. Son, pues, civiles, a más de las personas jurídicas antes recordadas, todas aquellas que no tengan finalidades de culto, como, por ejemplo, los Ban-

cos del Estado, las Cámaras de Comercio, la Caja de depósitos y préstamos, los Sindicatos de riego, de saneamiento, de repoblación forestal, Montes de Piedad, Colegios de Abogados y de Procuradores, etc.; son eclesiásticas las que tienen por fin el culto, y por regla general el culto católico, puesto que no entran en esta categoría las fundaciones y corporaciones relativas a otros cultos o confesiones, como, por ejemplo, las universidades israelitas (1).

De los entes eclesiásticos, algunos son reconocidos en nuestro derecho y otros no. Cuales sean éstos y aquéllos, indicaremos aquí brevemente, dejando la noción técnica de las figuras singulares y el amplio estudio de tan importante materia a los escritores de Derecho canónico (2). Deberé también advertir que las leyes no tratan los institutos eclesiásticos de un modo uniforme en toda Italia, de modo que no basta la indicación del nombre para deducir sin más la existencia o no existencia jurídica del instituto; por la ley de garantías y por efecto de otras disposiciones legislativas, se reconoce en las sedes suburbicarias y en Roma personalidad jurídica a ciertos institutos que no gozan de ella en el resto de Italia.

Pertenecen, pues, a la categoría de los entes reconocidos: a) *en toda Italia*: las mesas episcopales, los capítulos catedrales, las canongías, sin exceder de 12, y las capellanías que no pasen de seis en cada capítulo catedral, los beneficios parroquiales y coadjutoriales, la administración de los bienes parroquiales, los Seminarios, las Cofradías; b), en Roma y en las sedes suburbicarias, la Santa Sede, el Sacro Colegio, algunas congregaciones

(1) A algunas proveen leyes especiales, por ejemplo, para las Universidades irraelitas, la ley sarda de 4 de Julio de 1857; para las iglesias greco-ortodoxas la ley de 13 de Julio de 1877; para otras, de vez en cuando se verifica su elevación a entes morales mediante reconocimiento del Estado. Se discute si su carácter es el de entes civiles de naturaleza privada o pública.

(2) Scaduto, *Diritto eclesiastico vigente in Italia*, I, pág. 112 y siguientes; Schiappoli, *Diritto ecclesiastico*, Napoli, 1913, págs. 355, 426 y siguientes; Iemolo, *Gli enti ecclesiastici nel Dir. pubblico (Riv. Dir. pubbl., 1915, I, pág. 437)*; Tessitore, *Gli enti ecclesiastici nel Dir. pubblico*, Torino, 1915.

pontificias, cámara apostólica, títulos cardenalicios, canongías de catedrales y capellanías eclesiásticas, aunque pasen de los números de 12 y seis, respectivamente; beneficios simples, con tal que no sean de patronato laical, las iglesias colegiadas.

Pertencen a la categoría de los no reconocidos la misma iglesia católica (porque adviértase que son solamente los institutos por ella creados a los que es atribuída la personalidad), los capítulos de las iglesias colegiadas y las correspondientes canongías, las iglesias recepticias, las abadías, prioratos, prelacías, las capellanías, ya eclesiásticas, ya laicales, los beneficios simples, los legados píos, las órdenes monásticas, las congregaciones religiosas (1).

Se discute entre los autores si algunas figuras particulares son en nuestro Derecho personas jurídicas.

No debiera dudarse, por lo que respecta a las *sociedades mercantiles*, las cuales, ya por la declaración de la ley, ya por su estructura, se designan como personas jurídicas de naturaleza especial. Los artículos 77 y 239 del Código de Comercio declaran, en efecto, que las sociedades colectivas, las comanditarias simples o las comanditarias por acciones, las anónimas, así como las sociedades de seguros mutuos, constituyen, respecto de los terceros, entes colectivos distintos de las personas de los socios. A éstas son equiparadas por el art. 219 las sociedades cooperativas. Pero precisamente el haber hablado el Código de «entes colectivos», y no de «cuerpos» o «personas morales», y el haber añadido que sólo respecto a los terceros son considerados como entes colectivos, ha inducido a más de uno a considerar que las sociedades mercantiles no son personas jurídicas. Esta

(1) Las más importantes normas legales en toda esta materia están representadas por las leyes de 29 de Mayo de 1855 para la supresión de las órdenes religiosas; 7 de Julio de 1866, sobre la supresión de las corporaciones religiosas en todo el reino; 15 de Agosto de 1867 sobre supresión de los entes eclesiásticos seculares en todo el reino y la liquidación del haber eclesiástico; 13 de Mayo de 1871 sobre las prerrogativas del Sumo Pontífice; 3 de Julio de 1870 para la desvinculación y reivindicación de los beneficios y capellanías suprimidas; 19 de Junio de 1873 que extiende a la provincia de Roma las leyes sobre las corporaciones religiosas (ver también el Código civil, artículos 833 y 1.075.)

pontificias, cámara apostólica, títulos cardenalicios, canongías de catedrales y capellanías eclesiásticas, aunque pasen de los números de 12 y seis, respectivamente; beneficios simples, con tal que no sean de patronato laical, las iglesias colegiadas.

Pertencen a la categoría de los no reconocidos la misma iglesia católica (porque adviértase que son solamente los institutos por ella creados a los que es atribuída la personalidad), los capítulos de las iglesias colegiadas y las correspondientes canongías, las iglesias recepticias, las abadías, prioratos, prelacías, las capellanías, ya eclesiásticas, ya laicales, los beneficios simples, los legados píos, las órdenes monásticas, las congregaciones religiosas (1).

Se discute entre los autores si algunas figuras particulares son en nuestro Derecho personas jurídicas.

No debiera dudarse, por lo que respecta a las *sociedades mercantiles*, las cuales, ya por la declaración de la ley, ya por su estructura, se designan como personas jurídicas de naturaleza especial. Los artículos 77 y 239 del Código de Comercio declaran, en efecto, que las sociedades colectivas, las comanditarias simples o las comanditarias por acciones, las anónimas, así como las sociedades de seguros mutuos, constituyen, respecto de los terceros, entes colectivos distintos de las personas de los socios. A éstas son equiparadas por el art. 219 las sociedades cooperativas. Pero precisamente el haber hablado el Código de «entes colectivos», y no de «cuerpos» o «personas morales», y el haber añadido que sólo respecto a los terceros son considerados como entes colectivos, ha inducido a más de uno a considerar que las sociedades mercantiles no son personas jurídicas. Esta

(1) Las más importantes normas legales en toda esta materia están representadas por las leyes de 29 de Mayo de 1855 para la supresión de órdenes religiosas; 7 de Julio de 1866, sobre la supresión de las congregaciones religiosas en todo el reino; 15 de Agosto de 1867 sobre supresión de los entes eclesiásticos seculares en todo el reino y la liquidación del haber eclesiástico; 13 de Mayo de 1871 sobre las prerrogativas del Sumo Pontífice; 3 de Julio de 1870 para la desvinculación y reivindicación de los beneficios y capellanías suprimidas; 19 de Junio de 1873 que extiende a la provincia de Roma las leyes sobre las corporaciones religiosas (ver también el Código civil, artículos 833 y 1.075.)

opinión no es fundada; la expresión «ente colectivo» no tiene en la terminología legal un valor distinto del que tienen los demás términos promiscuamente usados en nuestras leyes para designar en general las personas jurídicas; el añadido «respecto de los terceros» no constituye una limitación tal de la unidad orgánica de estos entes que la aniquilen; y es muy cierto que el fenómeno más saliente a que da lugar toda persona jurídica, el presentarse ésta como entidad distinta capaz de obligarse y de ser centro de relaciones jurídicas, se repite aquí en toda su integridad, si bien las operaciones comerciales se desenvuelvan directamente en interés de los socios (1).

Se discute también si es persona jurídica la *herencia yacente*. Lo afirmaban los romanos (para los cuales herencia yacente era el patrimonio dejado por el difunto en el tiempo intermedio entre la muerte y la aceptación por parte del heredero), si bien ellos mismos comprendiesen que se trataba de una ficción jurídica (2). Se excluye en nuestro Código para lo que en él se de-

(1) Sobre los argumentos para negar la personalidad jurídica y sobre otros como la responsabilidad solidaria de los socios en las sociedades colectivas y sobre toda la cuestión, véanse Vivante, *Dir. comm.*, II, § 28, pág. 1 y siguientes; § 38, pág. 190 y siguientes y en *Riv. Dir. comm.*, 1903, I, pág. 1 y siguientes, que es uno de los más decididos partidarios de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil y el Manara, *Tratt. d. soc. ed assoc. comm.*, Torino, 1902-6, vol. II y en *Riv. Dir. comm.*, 1916, II, pág. 869, que es adversario de tal teoría y demás tratadistas de derecho mercantil: Marghieri, *Tratt.* I, pág. 209, III, pág. 53; Navarrini, *Delle società*, pág. 77 y siguientes; Bonelli, *La personalità giuridica delle società di commercio* (Legge, 1887, XXVII, 2. pág. 317); *I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle soc. comm.* (*Riv. Dir. comm.*, 1903, I, página 285 y siguientes e *ibid.* 1912, II, pág. 361; 1913, I, pág. 733); Vighi, *La pers. giur. delle soc. comm.* (*Riv. it. per le sc. giur.*, XXXI, 1901, página 379 y siguientes); Ferrara, *La personalità giur. delle soc. commerciale* (*Riv. Dir. comm.*, 1910, VIII, págs. 13, 94 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 802 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, páginas 253 y siguientes.

Por lo que se refiere a las Sociedades o Asociaciones en participación, por la disposición del art. 235 del Código de Comercio es unánime la doctrina en negarles la personalidad jurídica, en sentido contrario, Faggella, *Riv. Dir. comm.*, 1913, II, pág. 497.

(2) Si bien en algún pasaje se dice de la *hereditas iacens* que es do-

fine como herencia yacente (art. 980) y que tiene lugar en dos casos: cuando el heredero no sea conocido o cuando los herederos testamentarios o legítimos hayan renunciado, ya que, dada la adquisición *ipso iure* de la herencia, no se puede decir que haya discontinuidad de la relación en el paso de un sujeto a otro, y no precisa recurrir a la concepción que tuvieron los romanos, según el diverso principio de que la herencia se adquiere con la *aditio*. Pudiera ofrecerse la cuestión en otros casos de yacencia, como cuando se instituye un concebido o un no concebido hijo inmediato de una persona determinada o se nombre heredero *sub conditione*, pero también aquí la cuestión debe ser resuelta negativamente, porque titular del patrimonio es una persona física cuyo nacimiento o determinación se espera con el cumplimiento de la condición (1).

Hubo dudas en el pasado sobre si tenían personalidad jurídica las Universidades, admitiéndose en general que la gozaran las Universidades libres y discutiéndose para las otras en cuanto que, no poseyendo éstas una administración independiente y un patrimonio propio, debieran considerarse simples dependencias de la Administración del Estado. Pero la discusión no tiene ya razón de ser después de la reforma introducida en el Real decreto de 30 de Septiembre de 1923, que concediendo autonomía administrativa, didáctica y disciplinaria a todas las Universidades del Reino (así como a los institutos superiores de instrucción) les ha reconocido la personalidad, ya sean del Estado, auxiliadas por el Estado o libres.

Tampoco se duda que sean personas jurídicas las sociedades civiles, las asociaciones y las juntas.

Falta en las *societates civiles* (2) aquella unidad orgánica que *mina* (ver fr. 13. § 2. D. 9. 2. *dominus ergo hereditas habebitur quare adita hereditate heres poterit experiri*; fr. 31. § 1. D. 28. 5. *quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere*; fr. 61. pr. D. 41. 1), sin embargo quiere darse a entender que ella es *personae vice fungitur* (ver fr. 22. D. 41. 3: *Heres et hereditas tamen si duas appellationes recipiunt unius personae tamen vice funguntur*; fr. 34. D. *Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet*).

(1) Ver Dusi, *La credite giacente nel diritto romano e moderno*, 1891.

(2) Ver Ferrara, *Indole giuridica della societa civile* (*Riv. Dir. comm.*,

hay en las comerciales, porque incluso frente a terceros las relaciones jurídicas de la sociedad civil no se configuran nunca como relaciones de un ente distinto; son relaciones propias y personales de los socios.

Los créditos sociales, del mismo modo que las deudas, se dividen por partes entre ellos y las acciones de los acreedores se ejercen con relación a los particulares y no en relación a la sociedad (Código civil, artículos 1.713, 1.726 y 1.727). Falta igualmente en las asociaciones, que se distinguen de las sociedades civiles en que mientras es característico de éstas el fin de lucro (siendo la sociedad un contrato por el que dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común a fin de dividir la ganancia que de ello pueda resultar (art. 1.697), en las asociaciones el fin es ideal y variadísimo, según que se propongan fines religiosos, científicos, políticos, de recreo o de mutua asistencia entre los socios, jamás de lucro. Quedan siempre los asociados, tanto en lo interno de la unión como en lo externo, los verdaderos y exclusivos sujetos, porque falta aquí aquel vínculo corporativo que de la pluralidad hace unidad y que da lugar a una personalidad nueva y distinta. Y esto ocurre aún más acentuado en las juntas, en que el vínculo es todavía más tenue. Sin embargo, puesto que hay aquí un substrato (la pluralidad de personas que miran a un fin y se asocian en una unión de hecho) que las aproxima mucho a las sociedades, la jurisprudencia se inclina a aplicarles por analogía (a falta de una legislación de asociaciones) (1) muchas de las normas propias de las sociedades civiles y tiende cada vez más a asimilarlas a éstas (2).

1909, VII. 1, pág. 517 y siguientes); Giovene, *Personalità giuridica e società civile* (ib. 1914, I. pág. 212 y siguientes); Carnelutti, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale* (ib. 1913, I, pág. 86 y siguientes y *Studi Dir. civ.* 1916, pág. 128.

(1) Ver a este respecto Bolchini, *Per una legge sulle associazioni*, Varese, 1901.

(2) Sobre la estructura jurídica de las asociaciones, ver Coviello, *Man. I*, § 71, pág. 222 y siguientes; Chironi y Abello, *Tratt. I*, pág. 170 y siguientes; Planiol, *Traité*, II, 1897 y la bibliografía allí citada; ver también Salemi, *Concetto e contenuto giur. dell'associazione (circ. giur., 1909*, páginas 113, 149, 185 y siguientes) y Giovene, *Le associazioni di facto nel*

Cual sea la capacidad de las personas jurídicas, es materia que no puede reducirse a reglas esquemáticas y fijas, al contrario de lo que ocurre con respecto a las personas físicas; la inmensa variedad de tipos, la diversa finalidad de cada una y su misma distinta estructura hacen que en cada tipo sean diferentes las limitaciones de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar. Sólo pueden hacerse indicaciones sumarias y generales por inducción de las disciplinas particulares y concretas que para cada ente se dicten, de sus estatutos, de los actos de fundación o de los actos de reconocimiento por parte del Estado.

Ante todo, una limitación es común a todas las especies, ya sea pública, ya privada, civil o eclesiástica, y deriva de la naturaleza misma de estos organismos: la incapacidad para gozar y ejercer derechos que exigen la existencia de una persona física, como, por ejemplo, los derechos de familia. Ni siquiera es concebible para la naturaleza de la entidad, y dado el carácter personal del concepto de imputabilidad penal, una capacidad de cometer dolo y, consiguientemente, una responsabilidad penal; aquélla no podría ser sometida a pena, sino sólo el agente que

diritto priva'o, Milano, 1904; para las Juntas o Comités, Scialoja, *Della natura e della capacità dei cosiddetti comitati* (*Arch. giur.*, XXV, 1880, página 473), Bolchini, *Le pubbliche sottoscrizioni nel diritto privato*, Torino, 1905; Carabellese, *Sistema di un diritto civile dei comitati*, Milano, 1907, Ferrara, *La posizione delle associazioni non riconosciute* (*Studi per Simoncelli*, pág. 85 y siguientes) y *Tratt. Dir. civ.* I, pág. 710; De Valles, *La condizione giuridica e processuale degli enti di fatto* (*Riv. Dir. civ.* X, 1918, página 1 y siguientes).

Notable es el impulso que la reciente guerra ha dado al movimiento de creación de personas jurídicas y de reconocimiento de entes y asociaciones de hecho. Toda una serie nueva de cuerpos morales se ha venido creando bajo el nombre de entes autónomos, patronatos, juntas, obras nacionales, institutos para consumos y aprovisionamientos, asistencia y protección de huérfanos de guerra, cura de los mutilados de guerra, etc.

También en lo que a las Juntas respecta, se ha dado un paso hacia adelante confiriéndoles, no la personalidad jurídica, sino la capacidad contractual y procesal. Decreto-ley de 25 de Julio de 1915, ley de 19 de Octubre de 1916, que representa el comienzo de una futura regulación de la materia.

haya violado la norma penal (1). La entidad puede ser civilmente responsable del acto delictivo o ilícito de su representante (2). Es, pues, la capacidad limitada al campo de los derechos patri-

(1) Ya en derecho romano fué reconocido el principio de la no imputabilidad penal de la corporación; ella, como tal, no es capaz de delinquir y no puede haber representación en los delitos. Así se afirma por Ulpiano, fr. 15, § 1, D. 4. 3. *Sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere porsunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant puto dandam de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.* En la Edad Media, por el contrario, bajo la influencia del derecho germánico se considera como sujeto penal a más de responsable y obligada por los actos de sus representantes.

Franz von Liszt, por el contrario, dice que el delito de una corporación es jurídicamente posible *Das Körperschaftsverbrechen ist rechtlich möglich*; basa su opinión en que los supuestos para la capacidad de obrar de las corporaciones en el terreno del derecho penal, no son distintos de los requeridos para la capacidad de obrar en la esfera del derecho civil o del derecho público, en general, «quien tiene la capacidad de contratar puede cometer fraudes o usuras en tales contratos, o no cumplir las obligaciones contractuales. La corporación posee bienes jurídicos (Rechtsgütern)... que pueden ser penalmente disminuídos y hasta aniquilados». Es injusto no castigar a la corporación que está detrás de la voluntad del representante y hacer recaer en éste, que es al fin y al cabo órgano de la voluntad ajena, toda la responsabilidad penal (F. von Liszt, *Lehrbuch, des Deutschen Strafrechts* 18.^a ediz., Berlín, 1911, pág. 127. 3) (*Nota de los traductores.*)

(2) Se comprende que a fin de que surja la responsabilidad del ente en consecuencia del hecho del representante, éste debe haber obrado ilícitamente dentro de los límites de las facultades que le han sido otorgadas. El acto ilícito en tal caso obliga directamente al ente por la relación de «preposición» (es decir, del gerente con la entidad) al resarcimiento del daño causado por el representante, por la norma general del art. 1.153. Grave y discutida es la cuestión sobre la responsabilidad de los entes de derecho público, por los hechos ilícitos de sus representantes y en particular modo del Estado por los de sus funcionarios: se suele distinguir entre actos cumplidos *iure imperii* en los cuales no habría lugar a responsabilidad y actos de gestión en que sí habría lugar como en las personas jurídicas de derecho privado, ver Ferrara, *La responsabilità delle persone giur.* (*Riv. Dir. comm.*, 1914, I, pág. 489 y siguientes); Presutti, *Ist. di Dir. amm.*, 1920, II. I. VIII, donde se trata muy por extenso de la responsabilidad de los funcionarios y de los entes públicos.

moniales, y dentro de éste ni siquiera a todos se extiende, porque cuando el derecho se funda, como ocurre en el de alimentos y en el sucesorio legítimo, en una relación familiar y estrictamente personal, es evidente que no pueden las personas jurídicas tener tales derechos. Esto no impide que en lo que la naturaleza de las cosas lo consienta pueda por analogía extenderse a la persona jurídica un derecho personal o patrimonial cuya caracterización se causa por las notas individuales del particular. Así puede concebirse una tutela conferida al ente (1), un derecho de éste al nombre (2), y en la esfera, de las servidumbres personales un usufructo de la persona jurídica, salvo la modificación que necesariamente se impone aquí a la regla común de cesación del usufructo por muerte de la persona y que induce a fijar su duración máxima para las personas jurídicas en treinta años (art. 518); es, por el contrario, inadmisibles un derecho de uso porque su contenido es determinado por las necesidades del usuario y de su familia (art. 521), así como el derecho de habitación (art. 522) (3).

(1) Conceptualmente es admisible cuando la ley lo confiera a un cuerpo moral o al Estado mismo; así ocurre en la tutela de los niños hospicianos que no tienen parientes conocidos o capaces del desempeño de la función de tutor, la cual se confía según el art. 262 del Código civil al hospicio mismo; la administración de éste constituye el consejo de tutela y puede cuando las circunstancias lo requieran, nombrar a uno de los administradores para que desempeñen el oficio de tutor así también para la tutela y asistencia de los huérfanos del terremoto siciliano-calabrés y de los de guerra, para los primeros se confiaba a la *Opera naz. Reg. Elena* (Real decreto de 15 de Enero de 1909); para los segundos, a falta del Consejo de familia, a las Juntas provinciales o al Instituto nacional (ley de 18 de Julio de 1917 y Reglamento de 30 de Junio de 1918).

(2) Pero no se debe exagerar, como lo hace Perozzi, *Ist. di Dir. rom. I*, página 355, que admite la posibilidad de ejercitar la patria potestad en un ente que no sea el hombre, así como de vivir en matrimonio en cuanto que el Estado puede adoptar a una persona y las concepciones antropomórficas de la divinidad, autorizan el matrimonio no sólo entre dioses sino entre dioses y seres humanos.

(3) Una persona jurídica puede asumir la cualidad de comerciante, pero la ley no indica los criterios para saber si tal condición se ha asumido. Hay que recurrir al criterio del fin por el cual el ente surgió: si es el ejercicio del comercio, el ente es comerciante (Sociedades, Seguros

Prescindiendo de tales limitaciones naturales, otras son impuestas por la ley, sobre todo en materia de adquisición de bienes, de enajenación, de capacidad para recibir por testamento o por donación, que se refieren a la naturaleza pública o privada del ente, al fin particular que persigue, a la exigencia social, política y económica de que se impidan, de una parte, depauperaciones en los institutos que persiguen finalidades públicas, evitando, de otra, la reaparición de las manosmuertas. En este último concepto se inspira la prohibición general a todos los cuerpos morales, ya sean eclesiásticos, ya laicales, de adquirir a título oneroso bienes inmuebles sin la autorización del Estado (la cual se otorga mediante Real decreto, previo el parecer del Consejo de Estado, salvo que para los Municipios, las provincias y las obras pías es dada hoy por el prefecto: ley de 21 de Junio de 1906) y de aceptar herencias, legados o donaciones para toda especie de bienes sin tal autorización (1). Establecida ya por la ley de 5 de Junio de 1850 y extendido con varios decretos a las demás provincias del Reino (2), la prohibición fué confirmada por los artículos 932 y 1.060 del Código civil, de los cuales el primero dispone, además, que la aceptación de herencia debe hacerse siempre a beneficio de inventario.

mutuos, Cajas de ahorros). para muchos otros se excluye tal condición (Estado, provincias, municipios, instituciones de beneficencia, entes de cultos) ver Navarrini, *Tratt. di Dir. comm.*, I, pág. 320 y siguientes; De Cristofaro, *Sulla commercialità delle persone giur. pubbliche (Riv. diritto pubbl.*, 1918, pág. 265).

(1) Se discute si una incapacidad natural para recibir liberalidades tanto *inter vivos* como *mortis causa* existe en las sociedades mercantiles dada la índole del fin; algunos la afirman en consideración a la especialidad del fin, precisamente diciendo que no corresponde a la índole de éste el adquirir por liberalidades (Chironi y Abello, *Tratt.* I, pág. 157; Ascoli, *Donazioni*, pág. 267 y siguientes); tal criterio nos parece equivocado (ver Vivante, *Dir. comm.*, I, § 28, pág. 31 y siguientes; Giorgi, *Dottrina delle pers. giur.*, I, núm. 129, pág. 304 y siguientes).

(2) La extensión fué hecha sucesivamente con decreto de 1 de Octubre de 1859 para Módena; 11 de Noviembre de 1859 para Romaña, 11 de Marzo de 1860 para Lombardía; 29 de Septiembre de 1860 para Umbría; 7 de Noviembre de 1860 para las Marcas; 4 de Noviembre de 1866 para Venecia.

Pero si aquí la capacidad de adquisición es simplemente subordinada a la aquiescencia del Estado, para otros entes existe una prohibición absoluta; tal, por ejemplo, la que se refiere a los entes eclesiásticos de Roma, a los que no alcanzó la ley de supresión, que no pueden hacer nuevas adquisiciones para aumentar su patrimonio (ley de 19 de Junio de 1873, art. 27).

En general, todos los entes tienen la capacidad de enajenar, pero no pueden ser enajenados los bienes de los institutos eclesiásticos sin autorización del Gobierno (art. 434); las enajenaciones de los bienes patrimoniales del Estado, de las provincias, de los Municipios (artículos 430 y 432) y de los institutos de beneficencia se hallan sometidas a leyes especiales.

En lo demás, cuando la ley no pone limitaciones en interés general o por razones de orden público, ni tampoco el acto de constitución o fundación, la capacidad de las personas jurídicas para formar relaciones jurídicas de derecho privado es igual a la de las personas físicas y es regulada por normas de derecho civil. Deriva, sin embargo, una limitación de los poderes de vigilancia y de tutela (1) que al Estado corresponden, especialmente en relación a los entes públicos. Tal facultad hace que muchos de los actos realizados por tales entes estén sujetos a la aprobación del Estado y no produzcan efectos jurídicos sin tal aprobación (2).

(1) Se reconoce generalmente que se trata de dos poderes distintos y la diferencia consiste en que la tutela se manifiesta en la integración de la voluntad del ente mediante la aprobación de la deliberación por parte del Estado, el cual puede asumir por completo la representación de aquél y actuar en sus veces cuando razones de conveniencia o de utilidad pública lo aconsejen; la vigilancia se limita simplemente a impedir que se realicen actos contrarios al derecho y se exteriorice en la represión por medio de la anulación del acto que el ente ha realizado.

(2) Vivamente discutida es la naturaleza de la autorización gubernativa. Se considera que el ente no autorizado tenga capacidad de realizar válidamente negocios adquisitivos, siendo la autorización requerida tan solo para dar plena eficacia al negocio; ver Forti, *I controlli dell'amm comunale*, Milán, 1913, pág. 988 y siguientes; *Gli acquisti dei corpi morali e l'autor gor.* (*Riv. Dir. civ.*, V, 1913, pág. 1 y siguientes); Lessona, *L'autor gor. nelli donazioni a corpi morali* (*Foro it.*, 1912, I, pág. 699); Ragnisco, *Gli acquisti delle persone giuridiche* (*Giur. it.*, 1916, I, pág. 109 y siguientes).

Finalmente, toda una particular y compleja disciplina se dirige a establecer el modo como se forma la voluntad del ente, las deliberaciones se toman, la *representación* se constituye. Estéril y erróneo es el concepto a que algunos recurren de una analogía entre la persona jurídica que no puede obrar sino mediante los órganos de su representación y el menor sujeto a tutela. Deriva ésta de una incapacidad del menor, de modo que a la voluntad que falta en él se sustituye la voluntad del representante. No corresponde a una incapacidad de obrar de la persona jurídica la necesidad de su representación, ni la voluntad de los órganos a quienes se confía tal representación es una voluntad diversa que se sustituya a la propia del ente.

Cuales sean los órganos que representan a la entidad lo determina el estatuto o el acto fundacional o la ley (1); normalmente la constitución misma la determina en modo preventivo, confiando la representación legal de la entidad a un Presidente o a un Consejo directivo o de administración. En lo que los poderes de ésta no sean suficientes como órgano del ente corporativo, es definitiva siempre la resolución de la asamblea general de los miembros. Es, pues, por medio de sus órganos como la persona jurídica actúa y deviene centro de relaciones jurídicas; mediante ellos se obliga con relación a terceros y obliga a los terceros con relación a ella en cuanto todo acto realizado por el órgano es referido directamente al ente.

Las personas jurídicas tienen como las físicas una sede propia, pero para éstas no rige la distinción de domicilio, residencia y permanencia. Esta no puede darse en un ente colectivo que no se mueve de uno a otro lugar, y tampoco residencia si es ésta

tes); Barassi, *Sul autor dei corpi morali posteriori al negozio giur.* (*Foro it.*, 1911, I, pág. 632).

(1) La representación del Estado corresponde a los jefes de los departamentos de la administración estatal (Ministros, Directores generales); las de las provincias, a los Presidentes de las Diputaciones provinciales; la de los Municipios, a los alcaldes; la de las instituciones de Beneficencia, a los Presidentes de los Consejos de administración o Congregaciones de caridad; la de los entes eclesiásticos en sede vacante, a los ecónomos de los beneficios vacantes, etc.

el lugar de la permanencia habitual, ni podría considerarse como permanencia o residencia del ente la personal de sus órganos de representación. Sede jurídica de las mismas es, pues, el domicilio, y éste, lo mismo que para las personas físicas, es el lugar en que tienen el centro principal de sus negocios e intereses. Sólo, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, se admite para las jurídicas la pluralidad de domicilios; cuando tenga varios establecimientos o representaciones en lugares diversos, en cada uno de éstos estará el domicilio relativamente a los negocios que allí se realicen. Estos domicilios pueden considerarse como especiales con relación al domicilio general del ente, el cual vendrá determinado por el lugar en donde radique el establecimiento principal o la administración o representación central del mismo (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 35, 338 y siguientes, 788 y 38 del Código civil español; y 116 del Código de Comercio.

Personalidad jurídica de las Universidades españolas.—Se pronunciaron voces favorables al resurgimiento de la Universidad española por medio de la concesión de autonomía y personalidad jurídica en las Asambleas celebradas en Valencia, Barcelona y Zaragoza en los años de 1902, 1905 y 1915 respectivamente.

En el año 1919 (Real decreto de 21 de Mayo) el Ministro Silió concedió personalidad jurídica y régimen autonómico a la Universidad, pero bien pronto fué dejado en suspenso por Real decreto de 31 de Julio de 1921 refrendado por el Catedrático Montejo, a la sazón Ministro de Instrucción pública, a pretexto de que la reforma no podía realizarse por Decreto sino por ley.

En 1922 se reunió en Madrid la IV Asamblea universitaria para informar al Gobierno de los problemas relacionados con la autonomía

Por Real decreto-ley de 9 de Junio de 1924 se concedió personalidad jurídica a las Universidades y a las Facultades y por Real decreto de 25 de Agosto de 1926 se creó el Patronato universitario.

Véanse los artículos 1.685 y 1.698 sobre sociedad, los 1.665 y 515 sobre duración del usufructo, el 524 sobre uso y habitación y los 993 y 994, todos del Código civil español, sobre aceptación y repudiación de herencia.

Los derechos y propiedades del Estado no pueden enajenarse sino en virtud de una ley (art. 6.º de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1.º de Julio de 1911).

§ 44.—*Fin. Destino del patrimonio*

Pacifici, Ist. II, pág. 243; Gianturco, Sist. I, § 34; Chironi y Abello, Tratt. I, página 162; Coviello, Man. I, §§ 69-70; Crome, Par. gen, págs. 172-188; Windscheid, Pand. I, §§ 61-62; Fadda y Bensa, ibid. pág. 825; Regelsberger, Pand. I, §§ 85, 86, 92, 93.

Mientras para las personas físicas es único el modo de extinción de su capacidad la muerte natural, a las jurídicas no es aplicable, teniendo lugar su extinción de diferentes maneras. En medida general su extinción tiene lugar con la desaparición de uno de los requisitos esenciales para su existencia jurídica, y puesto que son tres tales requisitos, tres son también los modos de extinción, según que falte el elemento personal o el patrimonial, el fin o el reconocimiento del Estado.

a) Del primer modo de extinción es peculiar a las corporaciones el que se refiere a falta del elemento personal, ya que cuando se agoten los destinatarios del patrimonio en la fundación, debe hablarse más propiamente de cesación del fin por haber desaparecido aquellos a quienes el beneficio se dirige. Puede ser común a ambos tipos de persona jurídica la falta del elemento patrimonial si una corporación no puede conseguir su fin si no es con el subsidio de medios económicos.

α) Se extingue, por tanto, la corporación: 1) por la muerte o dimisión de todos los miembros; no sería suficiente el que éstos se redujesen a uno solo, puesto que en torno a este uno podría reconstituirse la pluralidad (1), salvo el caso en que el estatuto imponga un número mínimo de socios; 2) o por la disolución del vínculo acordado, con observancia de las formas estatutarias, con mayoría simple o amplia como está prescrito para los

(1) Ver Bonelli en *Riv. di Dir. comm.*, 1911, I, pág. 589; Ascoli, *Riv. di Dir. civ.*, IV, pág. 539; ver por lo que se refiere al derecho romano el fr. 7. § 2. D. 3. 4, que admite la continuación de la persona jurídica en espera de que nuevos miembros se asocien al supérstite; en el derecho económico se llegó a admitir la supervivencia del ente aun faltando todos los miembros.

consorcios hidráulicos, de riego, de saneamiento (Código civil, art. 660), para los cuales precisa una mayoría que exceda de las tres cuartas partes del número total de miembros; 3) o excepcionalmente por eliminar a uno o más miembros cuando la agrupación se base en un vínculo tan estrictamente personal que no consienta la libre sustitución de un miembro por otro. Estas reglas valen sólo para las corporaciones de carácter privado; para las de derecho público, o no es posible la hipótesis de la separación de todos los miembros, porque, dado el fin inmanente y perpetuo y las funciones públicas confiadas al cuerpo, la sustitución de los miembros se opera sin interrupción, o la voluntad de los miembros es ineficaz en cuanto quieren la disolución del mismo, siendo la vida del organismo sustraída al capricho de los asociados y dependiente de la voluntad del Estado; de modo que para la disolución precisa siempre una autorización soberana.

β) Extinguiéndose el patrimonio cesan las fundaciones y cesan también las corporaciones, si con ello deja de poder conseguirse el fin que persiguen. Sin embargo, la regla no es aplicable de un modo riguroso a todas las personas jurídicas. Para algunas basta la simple disminución del patrimonio bajo de un cierto límite (por ejemplo, para las sociedades mercantiles, comanditarias por acciones y para las anónimas es causa de disolución el alcanzar la disminución los dos tercios del capital, Código de Comercio, art. 146), para otras la pérdida completa del capital puede no producir la extinción si se ha previsto el modo de renovarlo, mientras para algunos entes públicos, organismos dirigidos por el Estado, la pérdida ni siquiera es conjeturable, dada la fuente inagotable que el Estado halla en los impuestos.

b) Si sin un fin que reúna los caracteres arriba estudiados no puede surgir una persona jurídica, es natural que ésta se extinga cuando el fin que se propuso el fundador o los asociados falte. Esto puede haberse previsto en el acto constitutivo, fijando un término en la duración del ente o asignando a éste un fin perecedero; la falta de este fin puede ser motivada por haberse el fin imposibilitado en su consecución, ya físicamente (inaccesibilidad práctica del fin), ya jurídicamente (ilicitud). Se extin-

guen, lo mismo las corporaciones que las fundaciones: 1) por cumplirse el plazo o verificarse la condición con que hayan sido establecidos en el acto constitutivo; 2) por haberse conseguido el fin, si éste no se renueva perpetuamente, como ocurre, por ejemplo, en el caso del ente constituido para la ejecución de una obra pública; 3) por la imposibilidad o ilicitud sobrevenidas, pero en este último caso quien por lo regular decide la disolución del ente es el Estado, que interviene para suprimirlo cuando reconozca el fin público o privado incompatible con el nuevo ordenamiento jurídico que las leyes anteriores admitían.

c) Las mismas razones que exigen sea atribuido al Estado el poder de reconocimiento exigen que al Estado se reconozca la facultad de retirar aquél cuando motivos de orden público o de interés general lo impongan. Es más, si en una esfera abstracta puede discutirse la oportunidad de una intervención preventiva del Estado para el nacimiento de estos organismos, y si alguna legislación pudo no considerar necesario el reconocimiento o la autorización para originar su existencia, ningún Estado puede prescindir del uso de un poder de represión que suprima los entes considerados inútiles o peligrosos.

Este modo de extinción puede ocurrir en tres formas diversas: 1) por *supresión*, cuando se priva al ente de su personalidad jurídica, retirando el reconocimiento ya dado, disolviendo el cuerpo y liquidando el patrimonio; supresión que puede tener lugar para casos particulares o para grupos enteros de entes, como ha sucedido, por ejemplo, en Italia con todos los entes religiosos a que alcanzó la ley de supresión; 2) por *fusión*, cuando un ente que no es apto para vivir con vida propia venga agregado a otro (por ejemplo, agregación de un Municipio a otro; ver ley municipal y prov. de 4 de Febrero de 1915, art. 118), o bien de dos entes resulte, merced a su unión, uno nuevo; en cuyo caso, perdiendo ambos su personalidad propia, resurgen en el nuevo, cuya personalidad es distinta (para las sociedades mercantiles, ver artículos 138 y 193 del Código de Comercio); 3) por *transformación*, cuando, por resultar inútil o no responder al interés general, el ente es destinado a un fin nuevo, de modo que la personalidad caracterizada por el fin antiguo

cesa para dar lugar a una diversa, caracterizada por el nuevo (ejemplo, las instituciones públicas de beneficencia; ver ley de 17 de Julio de 1890, art. 70) (1).

Estas últimas dos formas de extinción no tienen lugar por intervención del Estado, si no es en los entes de naturaleza pública cuando el interés público lo provoca y justifica; si una fusión o transformación se verifica en los entes privados (y en ellos es decisiva la voluntad de los asociados o del fundador), el modo de extinción pertenecerá a una de las categorías más arriba indicadas. La supresión es de aplicación general. La extinción de un ente no se verifica siempre de modo instantáneo; cuando hay que proveer a la realización de su patrimonio precisa un procedimiento preparatorio, durante el cual no puede decirse que el ente haya perdido su personalidad. Así ocurre con las sociedades mercantiles en liquidación; la *liquidación* es un estadio especial en el cual el ente subsiste, pero su personalidad queda como reducida, dirigiéndose ahora únicamente al fin de realizar y distribuir el haber social (2).

En cuanto a la competencia para la fusión o transformación, reside en el Poder ejecutivo; el Gobierno provee con Real decreto, vistas las deliberaciones de los Cuerpos interesados y oído el parecer de algunos Cuerpos consultivos (Consejo municipal, provincial, Consejo de Estado, etc.; ver ley municipal y provincial, art. 118 y siguientes; ley sobre instituciones y estableci-

(1) No constituyen extinción de la personalidad jurídica las *agrupaciones* ni las concentraciones de varios establecimientos; la doble figura prevista y disciplinada expresamente para las instituciones públicas de beneficencia (ley de 17 de Julio de 1890, art. 54 y siguientes, art. 58 y siguientes), no da lugar nunca a la pérdida de la personalidad jurídica de los entes haciendo únicamente común la administración para reducir los gastos de gestión y hacer más provechosos los patrimonios imprimiendo a su destino unidad y homogeneidad de dirección; ver sobre la transformación: Herrnritt, *Das öster Stiftungsrecht*, Wien, 1906; Ruffini, *Trasformazione di persone giur. e commutazione di ult. volonta nell. art. 91, della legge sulle opere pie* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, pág. 630 y siguientes); Ambrosini, *Trasformazione delle persone giur.*, Torino, 1910-1914.

(2) Ver art. 197 y siguientes del Código de Comercio. Pero el tema es objeto de discusión; según algunos la liquidación presupone la pérdida de la personalidad.

mientos públicos, de beneficencia, art. 63 y siguientes). El Poder ejecutivo no es competente para ordenar la supresión, si bien como se ha visto, se confiera al ejecutivo, a más del legislativo, el poder de reconocimiento; la doctrina, a falta de una disposición expresa, es unánime en reconocer que la competencia corresponde al Poder legislativo (1).

En cuanto a la suerte del patrimonio, que corresponde a las personas jurídicas extinguidas, es cuestión que se resuelve fácilmente cuando en el acto constitutivo haya sido prevista la liquidación de los bienes o en el acto de la disolución, ya voluntaria, ya coactiva por parte del Estado, se regule su distribución. Por el contrario, la cuestión es difícil si falta una regulación concreta de la relación y el caso no haya sido disciplinado en vía general, como sucede, por ejemplo, con las sociedades mercantiles, a las que provee el Código de Comercio (art. 197 y siguientes). Ya que, hecha excepción de los créditos de los terceros que adquirieron derechos contra la entidad colectiva y se hallan autorizados a hacerlos valer en la masa de bienes, luego de su extinción, hay que preguntarse si el patrimonio debe ser entregado a los miembros de la corporación, o cuando se trata de fundaciones, a los institutos afines que se propongan un fin igual o análogo a los que la fundación extinguida perseguía, o bien para éstas solamente o para toda clase de personas jurídicas deben los bienes ser entregados al Estado; y si a éste corresponde el patrimonio en cuanto que el Estado se convierte en propietario de los *bona vacantia* por derecho singular de ocupación o en cuanto que resulte por ley el único sucesor de las personas jurídicas, así como por ley también es el último sucesor de las personas físicas (artículo 758) (2).

(1) Diferente es el caso en que el Poder de policía ordene la disolución de un Cuerpo por graves razones de orden público o de seguridad; el acto podrá justificarse políticamente si concurren serios motivos de urgencia, pero no podrá jamás privar de personalidad jurídica si no interviene una deliberación de las Asambleas legislativas.

(2) También en el derecho romano la cuestión es discutida; algún texto (fr. 3, D. 47. 22) afirma para los *Collegie illicita* que el patrimonio se distribuirá entre sus miembros; en otros (l. 5. c. 1. 11) se afirma que en los colegios sacerdotales los bienes eran confiscados. En sentido

Algunos afirman que deben los bienes ser entregados al Estado en todo caso; otros, más oportunamente, distinguen entre entes públicos y entes privados, considerando que el patrimonio de los primeros corresponde al Estado y el de los segundos a sus miembros. Esta es la solución que creemos más razonable. Si la corporación es de naturaleza privada, sus miembros actuales están interesados en ella y es justo que entre ellos sea dividido el patrimonio social cuando no existe ya aquella personalidad distinta que mantenía separadas las relaciones del ente y las de sus miembros; y si la fundación es privada, es racional también que los bienes vayan a parar a los herederos del fundador. Cuando una u otra sean públicas, puesto que el interés general se concentra en el Estado, a éste corresponderán los bienes.

No puede hablarse aquí de una sucesión hereditaria análoga a la que corresponde al Estado a falta de otros sucesores en los bienes de la persona física; no puede haber herencia faltando la muerte de la persona. Es el derecho eminente del Estado el que aquí entra en función y lo hace propietario de los bienes como más apto para destinar el patrimonio a su fin originario, y si éste no es accesible a aquellos más análogos al perseguido por los asociados o el fundador. De esto se deduce que tiene el deber moral, no el deber jurídico, de destinar a un fin análogo el patrimonio recogido; y que respondiendo de las deudas no se halla nunca obligado *ultra vires* aun no habiendo hecho inventario, precisamente porque no es considerado sucesor *mortis causa* (1) (2).

opuesto ver Mitteis, *Röm Privatrecht*, I, pág. 342; Pacchioni, *Corso di Dir. rom.*, II, pág. 149; es más circunspecto Ferrini, Pand. núm. 76.

(1) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 823 y siguientes, 838, 839 y por último Ferrara, *Persone giur.*, pág. 968 y *Tratt. diritto civ.*, I, pág. 703 y siguientes.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 146 del Código de Comercio italiano sobre disminución de capital en las sociedades anónimas no tiene equivalente en el Código español; éste, en su art. 221 habla solo de disolución por pérdida de capital.

Ver artículos 12, 17 y 20 del Estatuto municipal aprobado por Real decreto-ley de 8 de Marzo de 1924.

El art. 138 del Código de Comercio italiano no tiene equivalente en el español; y el 193 concuerda con el 188 que se refiere a Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

Ver art. 299 del Código de Comercio español y art. 956 del Código civil español.

DERECHOS REALES

CAPITULO XII

Las cosas y los bienes

§ 45.—*Noción y distinciones jurídicas de las cosas*

Brugi, Ist. § 16; Pacifici, Ist. II, pág. 265; Gianturco, Sis. I, §§ 35, 37, 39, 41-43; Filomusi, Dir. reali, §§ 6-11; Chironi, Ist. I, §§ 45, 46, 53; Chironi y Abello, Tratt. I, páginas 301-333; Coviello, Man. I, §§ 72-74, 78-83; Crome, Par. gen., §§ 18-19, Zachariae, Man. I, §§ 101, 105, 106; Aubry y Rau, Cours II, §§ 162, 166, 167; Planiol, Traité, I, núm. 2.170 y sigtes.; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 137-138, 140-144; Regelsberger, Pand. I, §§ 94-97, 99-106 (1).

Objeto de las relaciones jurídicas pueden ser, como se vió ya, la persona misma, sus actos o las cosas. Limitado es el campo de las relaciones en que el objeto es la persona; en el derecho privado se reducen a algunas relaciones familiares en las cuales una persona está sometida a la potestad ajena. En otra esfera, objeto del derecho son las cosas; objeto inmediato en los derechos reales y mediato en los de obligación en cuanto pueden constituir el contenido de la prestación, que es el objeto directo y específico de la obligación.

(1) Ver Sokolowski, *Die Philos im Privatrecht*, Leipzig, 1904-7 (volumen esp. 1. Sachbegriff und Körper); Pothier, *Opere*, vol. II; Baudry Lacantinerie, *Dei beni* (traducción italiana con apéndice de Bonfante), Milán, 1907; Pacifici-Mazzoni, *Della distinzione dei beni e della proprietà*, Firenze, 1870; Lomonaco, *Della distinzione dei beni e del possesso* (en la *coller Dir. civ. it. del Fiore*); Bianchi, *Corso dir. civ.*, vol. IX, pág. 1.^a, pág. 71 y siguientes; Rotondi, *Dello distinzione dei beni* (en *Cód. civ. annotato*).

Varia es la noción de cosa, según la acepción en que se tome. En sentido filosófico, cosa es toda entidad pensable, real o irreal, perteneciente a la naturaleza racional o a la irracional. En sentido técnico jurídico, es todo lo que puede ser objeto de derechos y, por tanto, toda parte del mundo externo capaz de ser sometida a nuestro poder e idónea a producir una utilidad económica. No es cosa lo que se sustrae a la posibilidad física de apropiación como, por ejemplo, los astros; ni la Naturaleza libre en sí y en su totalidad, constituye cosa en sentido jurídico, sino sólo aquellas partes que pueden ser dominadas por el hombre y destinadas a satisfacer sus necesidades. Con la apropiación, las cosas se convierten en *bienes*, y puede ser *bien* una cantidad limitada de aire o de mar cuya masa total se sustrae a la apropiación. No precisa una apropiación en acto para que tenga un bien, pues hay cosas que *actualmente* carecen de propietario, pero pueden tenerlo, *res nullius*, y viceversa, puede haber cosas sustraídas por disposición del Derecho a la disponibilidad, sin que por esto dejen de ser consideradas como bienes (patrimonio nacional).

Con todo esto la noción jurídica de cosa no está completa. No está constituida por partes reales o tangibles del mundo exterior, como un campo, un edificio, una piedra preciosa, sino también de entidades ideales que se perciben con la inteligencia. Objeto del Derecho pueden ser, en efecto, a más de las entidades corporales que se perciben por los sentidos, también las incorpóreas, que proporcionan una utilidad económica al hombre; así, por ejemplo, los bienes inmateriales, como son los derechos de autor, el derecho al nombre y a la marca de fábrica, derecho de invención, etc. Restringir como hacen algunos el concepto de cosa sólo a objetos materiales que tienen naturaleza corpórea, considerando como requisito esencial la corporeidad, lleva como consecuencia el identificar la cosa con lo que puede ser objeto de derecho real y a excluir todo otro objeto del derecho; lo cual no nos parece exacto, no pudiendo negarse que objeto de éste pueden ser, además, los bienes inmateriales.

Más discutida es la cuestión de si además de las cosas materiales e inmateriales se deben incluir en el concepto de cosa los

derechos patrimoniales, y precisamente algunos entre éstos, ya sean reales o de crédito, en cuanto ellos mismos son considerados como objetos de otro derecho.

El problema que se resuelve es otro, a saber: si pueden existir derechos sobre derechos, se examinará más adelante al ocuparnos de la distinción entre cosas corporales e incorporeales, ya que si se incluyen en la noción de cosa se consideran como cosas incorporeales.

La doctrina de las cosas no puede ser rectamente entendida si no es procediendo por distinciones y clasificaciones, de las cuales algunas las establece el legislador, como las de muebles e inmuebles, otras se presuponen; muchas derivan del Derecho romano y conservan en el nuestro idéntico valor; otras tienen valor diverso o distinta importancia; unas tienen una función limitada, por decirlo así, en cuanto que la agrupación por notas y características comunes produce sólo algunos particulares efectos, otras poseen una función más amplia. Todas tienen importancia jurídica, ya que normas positivas de derecho que son, dictadas para un cierto grupo de cosas, no son aplicables a otras, y como quiera que la norma se dicta para un cierto grupo de cosas, precisa conocer qué cosas el Derecho positivo considera incluidas en el grupo, tanto más si la clasificación jurídica no coincide con la filosófica. No sólo para la aplicación de la norma especial, sino también para la inteligencia del completo sistema, puede tener importancia una categoría. Así ocurrió, por ejemplo, con la distinción romana de las *res Mancipi* y las *nec Mancipi*, que fundada en la importancia social de algunas cosas, brotó de la íntima estructura de la primitiva sociedad romana, fué decisiva durante todo el desenvolvimiento del derecho clásico, sin desaparecer en el justiniano (1); así, por ejemplo, la distinción de cosas muebles e inmuebles que suplantó más tarde la de *Mancipi* y *nec Mancipi* y llegó a ser en el Derecho moderno el eje de todo el régimen económico y jurídico de la propiedad

(1) Fundamental en la materia es el genial escrito de Bonfante, *Res Mancipi o nec Mancipi*, Roma, 1889 publicado de nuevo y con importantes mejoras con el título *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* en *Scritti giuridici vari*, Torino, 1918, II, pág. 1 y siguientes.

por la importancia preponderante que fué reconocida a la propiedad inmobiliaria y que indujo al legislador a aprestar para ella una más plena y eficaz defensa que falta en la propiedad mobiliaria.

Estas distinciones se fundan en las cualidades físicas o jurídicas de las cosas mismas (corporalidad, consumibilidad, subrogabilidad, divisibilidad, inmovilidad), o en las relaciones de las cosas entre sí (composición de una con varias pertenencias, accesión, producción), o en la relación de pertenencia (comerciability, pertenencia a los particulares o a los entes públicos, patrimonio nacional o demanio, patrimonialidad). Y es inútil observar que mientras cada una asume una particular característica de las cosas, una misma cosa puede incluirse en varias categorías, según que ofrezca varias notas o caracteres y el particular aspecto en que se considere.

a) *Cosas corporales e incorpóras.*—El criterio de tangibilidad (*quae tangi possunt*) que se adoptó por los romanos y sirvió para decidir de la corporeidad (1), puede aún considerarse suficiente hoy con tal que no se le atribuya un valor de tangibilidad absoluta o manual. Cuerpos que tienen una consistencia etérea, como los gases o fuerzas de la Naturaleza que se dejan dominar o utilizar para las necesidades humanas, como la electricidad, son también cosas corporales (2). Incorpóras son,

(1) Gayo, fr. 1. § 1. D. 1. 8.

(2) De la electricidad se discute más que del gas si es cosa; la cuestión no es meramente teórica; el resolverla en un sentido más bien que en otro, tiene importancia práctica para la aplicación de la figura del hurto a las sustracciones fraudulentas de energía eléctrica o si al usuario a quien le ha sido interrumpido el suministro, corresponde la acción de reintegración. Barassi, *Sulla natura del contratto di distribuzione dell'energia elettrica* (Mon. Trib. 1900, pág. 321 y siguientes); Bonfante, *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica* (Foro it. 1901, I, pág. 901 y siguientes) y en *Riv. di comm.*, 1904. II, pág. 497 y siguientes; Pfliegart, *Die Sachgnalität der elektr. Energie* (Arch. f. burg. Recht., 1904, pág. 302 y siguientes); ver para una construcción teórica de las energías en general como objeto de las relaciones jurídicas y sobre todo de las energías humanas consideradas por el autor como cosas, Caruelutti, *Studio sulle energie* (*Riv. dir. comm.*, 1913, pág. 354 y en *Stud. dir. civ.*, página 230 y siguientes).

pues, aquellas que sólo intelectualmente se perciben, entidades abstractas e ideales, y son las que hemos llamado bienes inmateriales.

La definición romana enumera entre las cosas incorpóreas los derechos patrimoniales, y ello da lugar a una cuestión debatida no sólo en el derecho romano sino también en el nuestro. Designa, en efecto, nuestro Código como cosas inmuebles algunos derechos reales y de obligación (derechos del concedente y del enfiteuta, derecho de usufructo y uso de inmuebles, derecho de habitación, servidumbres prediales, art. 415) y otros, como muebles (los derechos, las obligaciones y las acciones, incluso hipotecarias, que tengan por objeto sumas de dinero o efectos muebles, etc., art. 418) y admite además que un derecho pueda ser objeto de otro y que puedan darse derechos sobre derechos cuando autoriza a constituir un derecho de prenda sobre un derecho de crédito (artículos 1.881 y 1.886), o un derecho de usufructo (art. 482), o que el derecho de usufructo o el derecho del concedente o del enfiteuta puedan hipotecarse. ¿Deben en una u otra legislación enumerarse entre las cosas los derechos? ¿Debe admitirse la categoría de derechos sobre derechos?

La concepción romana de los derechos como cosas incorpóreas tiene por base la confusión que del derecho de propiedad se hace con la cosa objeto del dominio y el derecho mismo; se confunde el derecho de propiedad con la cosa cuando se afirma *res mea est*, ya que en lugar de nombrar el derecho de propiedad nombran la cosa. Y como en el patrimonio se incluyen también otros derechos, como los que recaen sobre cosas ajenas, y los de crédito, los cuales no tienen una consistencia material, se llaman estos derechos *res incorpóreas*, como al derecho de propiedad identificado con la cosa se le llama *res corporalis*. Como se ve, aquí hay una confusión entre la clasificación de las cosas y las partes constitutivas del patrimonio; son tratados en común las cosas (corporales) y los derechos, es decir, entidades heterogéneas (1). Esta idea aún domina en nuestra le-

(1) Ver Windscheid, Pand. I, § 42, pág. 181 y siguientes; I, 2. § 137; Bekker, Pand. I, § 70; Dernburg, Pand. I, § 67.

gislación; cuando enumera los derechos, enumera los derechos patrimoniales entre las cosas. Se debe aceptarla como construcción positiva de la ley, pero conviene tener presente que desde el punto de vista científico es más exacto excluir de las cosas los derechos, como hace, por ejemplo, el Código civil alemán (1), manteniendo la distinción de cosas corporales e incorpóreas e incluyendo en éstas los bienes inmateriales (2).

En cuanto a la posibilidad de ser un derecho objeto de otro, es admitida por el Derecho moderno, como lo era en Derecho romano; no se debe olvidar que si no repugna hablar de un derecho que tiene por objeto otro derecho más bien que una cosa en el sentido indicado, es porque en definitiva una cosa es el objeto concreto de las figuras de derechos sobre derechos; es el inmueble dado en usufructo o enfiteusis, la suma de dinero y de otras cosas, lo que es objeto de la hipoteca o de la prenda (3).

b) *Cosas consumibles* son aquellas cuyo uso consiste en alterar o destruir su substancia o en desprenderse de ellas (4); ejemplo de las primeras, los productos alimenticios, de las segundas, el dinero (art. 483). El concepto jurídico de consumibilidad no coincide con el físico o químico, según el cual nada se destruye; ni con el vulgar, según el cual el dinero, si es representado por moneda metálica, es inconsumible por excelencia. Ni se confunde con la consumabilidad, la deteriorabilidad, a la

(1) Dispone en el § 90 que son cosas en sentido jurídicos sólo los objetos corporales pero quizá se ha ido demasiado lejos excluyendo los bienes inmateriales.

(2) Sobre la cuestión de la corporalidad como requisito de cosa y sobre los criterios romanos y modernos de la distinción, Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 658 y siguientes; Venzi en Pacifici, Ist. II páginas 296-297.

(3) Defienden la existencia de derechos sobre derechos los anotados del Windscheid, Pand. I, pág. 607; Venezian, *Usufrutto*, I, pág. 10; Sohm en *Festschrift für Degenkolb*, 1905, pág. 73, ver Windscheid, *ibid.* § 48 a), no del todo favorable al concepto, al cual la doctrina reciente se muestra contraria. Para una exposición más amplia, ver Ferrara, *L'usufrutto dei crediti*, Torino, 1905 y Demelius, *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen*, Wien, 1897.

(4) *Res quae in abusu continentur* o *quae usu consumuntur*, según las fuentes romanas; ver Ulp. Tr. 24, 27; § 2, Inst. 2, 4.

que todas las cosas están sujetas, pero especialmente algunas, ya que no pueden usarse sin deterioro más o menos rápido, como los vestidos (1). Inconsumibles son aquellas que en su valor de uso no están sujetas a destrucción o a ser enajenadas para su aprovechamiento; y entre éstas están las deteriorables. La especie de las consumibles está en la órbita en que el derecho las toma en consideración sujeta a un tratamiento diverso del de todas las demás; excepcionalmente se equipara a ella la especie de las deteriorables (art. 1.715). Ese campo es el de los derechos temporales de goce a los cuales va unida la obligación de la restitución luego de haber hecho uso de ella y que por esto son, por regla general, incompatibles con las cosas consumibles. Así, por ejemplo, el usufructo del cual es norma fundamental la obligación de restitución cuando cesa y, sin embargo, para extenderlo a las cosas consumibles fué preciso construir la nueva figura jurídica del cuasi usufructo, que se desvía notablemente de los principios de la figura normal (art. 483).

c) *Cosas fungibles* (2).—Completamente distinto del criterio examinado es el que sirve de base a la distinción entre cosas fungibles y no fungibles, como es distinto el campo en que la distinción despliega su eficacia. No todos los escritores advierten la diferencia, habiendo más de uno que las confunde engañado por una cierta afinidad indiscutible (3).

Reposa la cualidad de fungibles en la aptitud que tienen, naturalmente o pueden tener por voluntad de las partes, algunas

(1) Es causado por un error de confusión de las consumibles con las deteriorables la inclusión que se ve hecha en el § 2 de la Inst. 24 (*quae ipso usu consumuntur... quo numero sunt vincun oleum pumentum vestimenta...*) de los vestidos entre las cosas que se consumen. Ver sobre el texto y las categorías en derecho romano, Pampaloni, *Sull oggetto del quasi usufrutto* (Bull. Ist. dir. rom., XIX, 1907, pág. 85 y siguientes).

(2) Bensa, *Sul concetto di cose fungibili nel dir. it.* (St. per Fadda, II, página 353 y siguientes).

(3) Hasta algún Código comete este error; así por ejemplo el Código español (art. 337) que define por cosa fungible aquella que se consume por el uso. Huellas de cierta confusión se hallan en el Código francés (artículos 587, 1.874 y 1.892), ver Planiol, *Traité I*, núm. 2.183, Filomusi, *Diritti reali*, 2.^a ed., Roma, 1909, pág. 22.

cosas (1) para ser substituídas unas por otras cuando perteneciendo a un determinado género no tienen una individualidad propia y distinta, de modo que en los pagos puedan subrogarse unas por otras del mismo género (art. 1.287) (2). Aparecen siempre como cosas cuya individualidad se determina midiéndolas, pesándolas o numerándolas, son *quantitates* o *genero* (3), por tanto, cosas *quae numero, pondere mensura consistunt*, como el dinero, el trigo, el vino, el ganado, etc. (4). No fungibles son las que tienen una individualidad propia, la cual las hace inidóneas para ser substituídas por otras; como un cuadro, un edificio, un fundo.

Como hemos indicado ya, la fungibilidad no se halla necesariamente vinculada a una cualidad intrínseca y objetiva de las cosas; puede el uso o la voluntad suprimirla en cosas que intrínsecamente son fungibles (así, en el dinero, que es, por excelencia, fungible y que puede ser considerado no fungible si en vez de darlo en mutuo lo doy en depósito o en comodato [*ostendendi gratia*]); no se puede, sin embargo, atribuir esta cualidad a cosas que no lo son por su naturaleza.

Si es cierto que el mayor número de cosas fungibles está representado por el de las consumibles, esto no es razón suficiente para identificar las cosas fungibles con las consumibles, las

(1) Cosas muebles se entiende, ya que para los inmuebles la aplicación de la idea de fungibilidad resulta prácticamente inactuable dada la individualidad propia incluso por la situación de todo terreno.

(2) Paulo, fr. 2. § 1. D. 12. 1. *Quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem.*

(3) Género es el total de cosas que poseen notas y caracteres comunes; en él entran todas las cosas que revistan tales caracteres; y puede haber según la mayor o menor cantidad de notas comunes, un género amplísimo (por ejemplo, caballos, uvas, grano) o un género restringido (caballos normandos de tiro, uvas negras de Puglia) y hasta un género limitadísimo (vino de Barletta de la última vendimia, caballos del mismo ganado). *Especie* es, por el contrario, la cosa considerada individualmente, el *corpus certum* lo que se considera en sus notas particulares y en su individualidad (mi estornino, esta bota de vino). Adviértase, sin embargo, que nuestro legislador adopta el término especie para indicar el género.

(4) Ver Gayo III, 90.

inconsumibles con las no fungibles, ni menos aún para restar valor a la doble distinción. Todas las cosas consumibles son, en sentido jurídico, también fungibles, como los alimentos, dinero, carbón, leña, que se consumen y se determinan a un tiempo por cantidades, peso y medida. No todas las cosas fungibles son siempre consumibles, como las distintas reproducciones de una estatua o las varias copias de un libro, cuando no sea el comerciante quien dispone de ellas. Y tiene valor y eficacia diversa, ya que mientras la consumibilidad se tiene en cuenta, como se ha visto, en relación a los derechos temporales de goce, la fungibilidad se refiere a otras relaciones jurídicas en las que (por ejemplo, en el mutuo) es esencial tal cualidad en las cosas por admitirse la posibilidad de recibir o restituir otro tanto, o en algunos sectores especiales del derecho de obligaciones, como en la teoría de la *solutio* y de la compensación; sólo en las deudas de cosas fungibles el deudor puede pagar con cualquiera de los objetos del género, mientras en aquellos de cosa cierta y determinada no es posible la liberación si no es prestando la cosa misma que en la obligación se dedujo (art. 1.245); en éstas produce extinción del vínculo la pérdida de la cosa prometida (artículo 1.298), nunca en las primeras, porque el género no puede perecer nunca. Sólo en las deudas de cosas fungibles se verifica la compensación de derecho (art. 1.287) (1).

d) *Cosas divisibles*.—Por la aptitud que tienen las cosas a ser reducidas en partes sin que se altere con el fraccionamiento la forma y esencia o cambie considerablemente el valor, se las llama divisibles; todas las demás se dicen indivisibles (2). No coincide tampoco aquí el criterio jurídico de la divisibilidad con el físico, según el cual cualquier cuerpo puede ser fraccionado; opérase aquí con el criterio económico, siendo necesario que se conserven las partes resultantes de la división homogéneas e inalteradas en su esencia con relación al todo, pues si el fraccio-

(1) La distinción que se examina no es aplicable sólo a las cosas corporales sino también a los hechos del hombre, obras, servicios; son fungibles aquellos en que no se tiene en cuenta la persona del deudor; no fungibles aquellos en que prevalece el *intuitus personae*.

(2) Pomponio, fr. 26. § 2. D. 30.

namiento determina que los valores de las partes sumadas no dé el valor del todo (como ocurre con un brillante que se reduce a fragmentos), la cosa debe considerarse indivisible. Este criterio del valor no es por sí sólo suficiente; precisa también que las partes conserven su esencia y puedan servir para el uso al que el todo era destinado (art. 683). Divisibles, por excelencia, son las cosas que no tienen carácter unitario como las cantidades (1); divisibles son los fundos, los edificios y más fácilmente aquéllos que éstos; para ambas especies de inmuebles el concepto de divisibilidad no es tan absoluto como deriva de la definición abstracta del mismo; oportunamente el legislador lo templó atenuándolo, refiriéndose a una divisibilidad fácilmente actuable (2) (es decir, que no sólo no altere la esencia y el valor, sino que tampoco dificulte el uso y el goce) para declarar indivisible el inmueble cuando esto no puede conseguirse (art. 988; ver también art. 994) (3).

A la divisibilidad o indivisibilidad material, se contraponen la meramente intelectual; la cual del mismo modo que puede darse en las cosas divisibles, en tanto dura el estado de indivisión, es la única posible en las cosas indivisibles (4), se concibe entonces a cosa como perteneciente a varias personas, como correspondiente a cada uno de los condóminos por partes ideales, *partes pro indiviso* (5) y cuando precisamente sucede que la cosa no sea materialmente divisible, el derecho de pedir la división (que corresponde a quien quiera que se halle en comunidad) se convierte por necesidad en el de exigir la venta para hacer efectivo

(1) Ulpiano, fr. 19. i. f. D. 46. 3.

(2) Ver § 5. Inst. 4. 17.

(3) De Ruggiero, *La comoda divisione degli immobili e l'art. 988, Código civil (Dir. e giur. 1916, II, pág. 29 y siguientes)*. El art. 24 de la ley de 27 de Febrero de 1908, núm. 89 sobre las cosas populares, excluye *a priori* la divisibilidad de los bienes de familia (homestead).

(4) La división intelectual es también la única forma posible de división de los derechos. Pero no todos los derechos son intelectualmente divisibles: tales, por ejemplo, las servidumbres, el uso, la habitación, las obligaciones con prestaciones indivisibles. Divisible por excelencia es el dominio.

(5) Ulpiano, fr. 5. D. 45. 3.

su derecho en el importe de la venta (art. 998). Pero aun esto en determinadas circunstancias puede ser prohibido cuando se trate de cosas, que siendo comunes a varios y siendo gozadas por cada uno, no pueden ser enajenadas ni adjudicadas a uno de los partícipes, como sucede con el techo y la escalera de un edificio que sea propiedad de varios; de esa comunión forzosa y perenne no puede salirse ni con la división material ni con ninguno de los expedientes indicados (art. 683).

También la voluntad de las partes puede atribuir a cosa que es físicamente divisible el carácter de indivisibilidad como cuando, por ejemplo, por una obligación de dinero debida por varios deudores se haya estipulado el pacto de que no pueda ser satisfecha separadamente (art. 1.205).

La distinción, que tiene gran importancia en toda la materia de la copropiedad y que produce efectos, tanto en la esfera de los derechos reales como en la de los derechos de obligación, no puede ser apreciada en todo su valor si no es en sus aplicaciones concretas, y de ellas nos ocuparemos más adelante.

e) *Cosas simples y compuestas. Universalidad.* (1).—Parte el Derecho, al distinguir las cosas simples de las compuestas, no de los criterios de la química (según la cual son poquísimos los cuerpos simples de tal manera que los tenidos por más unitarios en el sentido jurídico, son compuestos), sino de los criterios filosóficos y económico social; son simples las cosas que tienen una individualidad unitaria y se consideran tales en el lenguaje corriente una piedra, un caballo, un libro; compuestas las que resultan de la conjunción o conexión más o menos intensa de varias cosas simples, en las que las partes componentes se pueden distinguir y eventualmente reparar. Esta conjunción puede ser física y corporal, dando lugar a una entidad compuesta de partes diversas entre sí, físicamente coherentes, como el edificio y la nave, y puede ser también ideal en cuanto varias cosas se reúnan con vínculo meramente conceptual como es la grey o la biblioteca.

(1) Göppert, *Einheitliche, Zusammengesetzte und Gesamtsachen*, 1871; Fendi, *Le universitates rerum*, Ferenze, 1906; Milone, *Le universitates rerum*, Napoli, 1894.

De la filosofía estoica derivaron los juriconsultos romanos la tripartición de los *corpora* en tres géneros (1): simples (*corpus quod uno spiritu continetur*, ἡνωμένον) en los cuales el «spiritus» (correspondientes al ζῆς de los estoicos, se origina en el espíritu del mundo que invade las cosas e informa la unidad de cada una, constituyendo su esencia) es uno y unidas o continuas (2) son por esto las cosas que constituyen una unidad natural, como las piedras preciosas, la viga (3); compuestos (*corpus quod ex pluribus inter se cohaerentibus constat* συνημένον) en los cuales varias cosas juntas se unen corporalmente para formar una unidad sin que las partes pierdan su individualidad, por lo menos potencial, como la nave, el edificio, el armario (4); universalidades (*corpus quod ex distantibus constat*) en los que varias cosas sin aparecer materialmente unidas se agregan y son consideradas como un todo unitario (*corpora plura soluta sed uni nómini subiecta*) como la grey, la biblioteca, la colección de cuadros o de monedas (5).

(1) Pomponio, fr. 30. pr. D. 41-3.

(2) *Continuum, unitum* corresponde al griego ἡνωμένον, ver Séneca, Epist. 102, 6; Nat quest, 2. 2.

(3) Lo que aquí añade Pomponio como ejemplo de *corpus unitum*: el hombre, y lo que añade más adelante, como ejemplo de *corpore ex distantibus*, la grey la legio el populus (Séneca indica con el *populus* el *exercitus* y el *Senatus* Paulo fr. 23, § 5. D. 6. 1. con las *singulae oves* los *singuli homines*) demuestra que la distinción no se da entre las *res* sino entre los *corpora*, pues de otro modo no podrían enumerarse entre las cosas los hombres componentes del pueblo, el senado y ejército; la clasificación filosófica necesita ser modificada para adaptarse al derecho y la adaptación que fué hecha por los romanos, resulta por un lado con restringirla a la *res* y por otro con hacer intervenir el criterio económico-social, el cual hace considerar como simple una cosa resultante de la fusión de varias cuando éstas pierden absolutamente su individualidad.

(4) *Corpus conexum* o *coniunctum* correspondiente al griego συνημένον. *Compositum* según Séneca, loc. cit.

(5) Para la terminología, adviértase que si se quieren distinguir solo dos grupos: las simples y las compuestas, estas últimas deben, a su vez, subdistinguirse en dos especies que pueden llamarse *Universitates rerum cohaerentium* si hay conjunción física, *Universitates rerum distantium* si hay simple agregación. Pero puesto que las *Universitates rerum distantium*, son denominadas usualmente *Universitates rerum* (universalidad) es

De la jurisprudencia romana pasó al Derecho moderno, cuyo criterio fundamental ha subsistido inmutado si bien es muy discutido—lo era ya en el Derecho romano - el concepto del tercer género.

Se debe, en efecto, según la teoría tradicional, que arranca en los glosadores y, sobre todo, en Bartolo, distinguir en las universalidades de cosas las *universitas facti* de las *universitas juris*; las primeras agregadas de varias cosas corporales, según el antiguo concepto como la grey, la biblioteca, la pinacoteca, la colección de medallas o monedas; las segundas conjuntos de derechos o relaciones jurídicas como la herencia, el peculio, la dote. Sobre la constitución intrínseca de ambos tipos de universalidades se discute entre los autores que no están conformes sobre los elementos de cada una y su naturaleza jurídica.

Es para algunos la universalidad de hecho todo conjunto de bienes, ya sean cosas corporales o incorporales (comprendidos los derechos), sean cosas muebles o inmuebles, homogéneas o heterogéneas, que el propietario reúne para un especial destino económico y trata como un todo único independiente de la eventual mutación o subsistencia de los elementos que lo componen. Por el contrario, otras universalidades de hecho son sólo el conjunto de cosas corporales y muebles, entre sí homogéneas, recogidas en unidad para un fin social y económico. Es universalidad de derecho, por el contrario según algunos, todo conjunto de relaciones jurídicas y de bienes, cosas muebles e inmuebles, al que la ley atribuye una unidad jurídica y determinados efectos; según otros, es solamente el conjunto de relaciones jurídicas al que viene reconocida tal unidad jurídica.

De decidir la cuestión en un sentido o en otro deriva el reconocer o no el carácter de universalidad de hecho o de derecho a los diversos agregados.

Dejando ahora el examen detallado de tan vasto asunto (1) y

mejor seguir la terminología adoptada en el texto reservando el término cosas compuestas para las *Universitates rerum cohaerentium*.

(1) Consúltese para el derecho romano y el civil sobre la doctrina de las *Universitates rerum*, Fadda en Windscheid, Pand. I, 2, pág. 433 y siguientes; y la nota de Venzi al Pacifici, Ist. II, pág. 297 y siguientes. La

circunscribiéndonos al derecho vigente, creemos que una característica de las *Universitates facti* es el ser una pluralidad de cosas corporales y muebles agrupadas en unidad por el propietario para destinarlas a un fin económico y social, pero no reconocidas como unidad de derecho aunque en algunos efectos aquel conjunto es considerado como un todo unitario. Las cosas particulares no precisa que sean homogéneas, aunque lo sean en la mayor parte de los casos (biblioteca, pinacoteca, grey), pueden ser de diversa especie como los diversos objetos que constituyen un almacén (1).

Característicos de la *Universitas juris* es, por un lado, el reconocimiento que hace la ley del agregado, considerándolo como unidad jurídica, sometida a reglas particulares en las que se prescinde de los singulares elementos componentes; por otro, el ser un conjunto de relaciones jurídicas, no de relaciones y cosas corporales, ya que no son tomados en consideración los bienes ya muebles o inmuebles sobre los cuales las relaciones están constituídas, sino las relaciones mismas que a los bienes se refieren, es decir, los derechos que se han constituido. En otros términos, es *Universitas juris* todo conjunto de derechos (propiedad, obligaciones, derechos reales) que corresponden a una persona y se concentran en ella como su patrimonio. Tipo fundamental es la *hereditas*, pero a más de ésta son universalidades de derecho según nuestra opinión, que es atacada por algunos (2), el patrimonio del quebrado, el del ausente, la dote y elaboración teórica del concepto, ha sido rehecha en lo que se refiere al derecho romano y por lo que respecta al patrimonio hereditario por Bonfante, *La successio in universum ius e l'universitas* (Studi per Scialoja I, página 531 y siguientes); *La formazione scolastica della dottrina dell'Universitas* (en Scritti giur. Vari, I, pág. 250 y siguientes), que cree que el concepto es debido a influencias heleno-cristianas.

(1) La opinión mantenida en el texto es la defendida por la mayoría de los escritores pero no falta quien se oponga, como Venezian, *Usufrutto*, II, pág. 300 y Sokolowski, op. cit., I, pág. 385, según los cuales, la *Universitas* tiene una existencia independiente de la de los elementos integrantes, una unidad reconocida y autónoma.

(2) Así por ejemplo Gianturco, Sist. I, § 43, pág. 271; Coviello, Man. I, § 81, pág. 258 y otros; los cuales consideran que en nuestro derecho es reconocida unidad jurídica solo a la herencia.

otros patrimonios especiales, considerados como masa distinta de sus elementos. Puede decirse, en general, que todas estas figuras se reducen siempre al tipo universal de patrimonio, si bien el patrimonio en general no puede ni debe considerarse como *universitas juris*, sino sólo los patrimonios *especiales* o *separados* que la ley, en consideración a un fin determinado, trata como unidades, sometiéndolos a un reglamento diverso de aquel a que se hallan sometidos los derechos singulares (1).

La importancia de la distinción se revela ya en lo indicado. La de las cosas simples y compuestas tiene gran valor en la doctrina de la accesión, pudiendo las varias partes de un todo pertenecer a varias personas y de la conjunción derivar la adquisición de una cosa por el propietario de la otra. Ejerce decisiva influencia en algunas normas jurídicas la distinción de cosas simples, compuestas y *Universitates*, ya que si por regla general las cosas y los derechos que integran el todo, no son tratados de modo diverso, en algunas ocasiones es el todo lo que se considera por la ley y es tratado de modo distinto a como son tratadas las partes o elementos singulares.

La grey, como universalidad, está sometida a usufructo (artículo 513) y en este caso el usufructuario no tiene derecho a todas las crías (como ocurriría si se tratase de usufructo sobre las cabezas de ganado en particular), sino que debe subrogar los animales que perecen en la grey por una cantidad igual de crías. A los muebles singulares se aplica el principio de que no pueden reivindicarse contra el poseedor de buena fe en virtud de la regla: posesión, vale título (art. 707), pero la reivindicación es admitida cuando se trata de universalidades de muebles y precisa-

(1) La dificultad radica en hallar el criterio para establecer cuándo se debe reconocer la existencia en un patrimonio separado. Ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. II, pág. 455 y siguientes; Ferrara *Tratt. dir. civ.*, I, pág. 878 y siguientes; en este último se estudia muy bien el concepto jurídico de patrimonio. Especialmente importante es la cuestión en lo que se refiere al fondo o hacienda comercial, para los más, es una *Universitas facti*; ver Marghieri, *Tratt. dir. comm.*, I, pág. 175 y siguientes; Navarrini, *Studi sull'azienda comm.*, 1901; Ferrara, *L. L'azienda comm.*, (en *Giur. it.*, 1902, IV, pág. 273).

mente de *universitatis facti*. La acción posesoria de mantenimiento no se admite para los muebles singulares; cuando éstos, por el contrario, constituyen una universalidad, la posesión es mantenible al igual que la de los inmuebles (1).

f) Cosas principales y accesorias. Pertenencias, frutos, gastos.—Cuando varias cosas se unan para un fin, puede darse a tal unión una relación de dependencia y de subordinación de una a otra, por la cual ésta se deba considerar principal, y accesoria aquélla (*cosas accesorias, pertenencias*). Esto ocurre en las cosas compuestas, no en las simples o unitarias, que si tienen varias partes (por ejemplo, la cabeza, el tronco, los miembros de una estatua respecto del todo), no están formadas por una pluralidad de cosas o si concurrieron varias han destruído la individualidad de las cosas singulares, absorbiéndola en la unidad. Sin embargo, puesto que entre las cosas simples hay algunas que siendo fructíferas, son capaces de producir nuevas cosas, puede am-

(1) Sobre estos dos puntos últimos referentes a la «universalidad de muebles» en los artículos 707 y 694 del Código civil se da una gran discusión entre los autores. ¿Se refieren ambas disposiciones a las *Universitates juris* y a las *Universitates facti* o solamente a las primeras? ¿Es el significado de universalidad de muebles en el art. 707, idéntico al del artículo 694? Una opinión muy difundida sostiene que las universalidades contempladas en los dos artículos, serían las *Universitates iuris* y las *Universitates facti* se regirían por el principio: posesión vale título (es decir, no reivindicables contra el tercer poseedor de buena fe) no siéndoles aplicable la acción de mantenimiento (ver Pacifici, *Ist.* III, núm. 25, página 73, núm. 45, pág. 123; Lomonaco, *Ist.* III, pág. 586 y siguientes; Ricci, *Dir. civ.*, V, núm. 99; Pugliese, *Prescriz.*, núm. 109; Scialoja A, *Tratt. d. azioni posses.*, I, pág. 602 y siguientes, etc.). Otros creen que tales disposiciones se refieren a ambas especies de *Universitas* (Baratono, *Azioni posses.*, núm. 165; Borsari, *Com. C. civ.*, núm. 694; Cesáreo Conso, *Tr. del posses.*, núm. 393 bis). Otros finalmente que las contempladas son únicamente las *Universitates facti* (ver Venzi en Pacifici, *Ist.* III, página 82 y siguientes). Esta también es nuestra opinión; la ley considerando no susceptibles de posesión las *Universitas iuris* no ha aludido a ellas en ambos artículos. que contemplan exclusivamente las Universalidades de hecho; estas son las que el art. 707 subtrae al principio «posesión vale título» y que el art. 694 declara susceptibles de posesión mantenible. Una opinión intermedia es sostenida (con alguna divergencia entre sí) por Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, 2, pág. 464 y siguientes. Puede consultarse el Venzi para un amplio y crítico estudio de la cuestión.

pliarse el concepto de accesorio, incluyendo en él los productos de una cosa en cuanto que, respecto a ellos, la cosa madre asume el carácter de cosa principal (*frutos naturales*). Con una mayor ampliación se puede pasar a la relación de dependencia jurídica, y como a los frutos orgánicos o inorgánicos, producidos directamente por la cosa misma se pueden equiparar los beneficios, rentas o provechos que se obtienen con ocasión de la cosa (*frutos civiles*), así entre las cosas accesorias, pueden incluirse también los valores económicos empleados para la conservación, la mejora y el embellecimiento de una cosa (*gastos*).

Es, pues, muy amplio el concepto genérico de cosa accesorio si se comprenden en él relaciones de degradación tan diversa. Su importancia estriba en que por la máxima tradicional *accessorium sequitur principale*, lo accesorio sigue, por regla general, el destino de la cosa principal. Pero ni esta máxima es aplicada en todo su rigor a toda especie de cosa accesorio ni el concepto técnico de lo accesorio coincide con el genérico indicado. Hay una acepción más restringida de cosa accesorio, por la cual se distingue netamente, no sólo de los frutos y de los gastos, sino también de las pertenencias.

α) Una definición genérica de cosa accesorio resulta del artículo 465 del Código civil. «Es considerada parte principal aquella a la que otra fué unida para uso, adorno o complemento de la primera». Pero en sentido más restringido, debe considerarse tal la parte que, unida íntimamente a otra, se halla con ésta en relación de dependencia y es parte constitutiva e integrante del todo, de modo que no pueda separarse sin alterar la esencia y la función del todo. Una conjunción material es el vínculo que une ambas cosas, de las cuales es principal la que determina la función del todo. Una inseparabilidad, desde el punto de vista económico-social, es la característica de la subordinación, ya que una separación física es concebible por regla general. Tales son, por ejemplo, los objetos muebles incorporados a un edificio: vigas, piedra; la piedra preciosa engarzada en el anillo. No es decisivo el valor, no siendo necesario que la cosa accesorio sea de valor inferior al de la principal; pero esto no significa que el valor económico sea un elemento indiferente, pudiendo concurrir

como elemento determinativo de la función social y económica del todo cuando éste se considere bajo el aspecto del valor comercial y de cambio y no bajo el de uso a que la cosa debe ser destinada.

β) Pertenencias son, por el contrario, las cosas que conservando su individualidad y autonomía son puestas en una relación duradera y de subordinación a otra para servir al mejor uso, al adorno, al complemento de ésta. No son partes constitutivas del todo; éste no absorbe las individualidades; dependientes jurídicamente de la principal, son independientes de ella desde el punto de vista de la esencia y de la función del todo porque son libremente separables de éste sin que se destruya su función o su esencia; su separación no implica sino disminución de la utilidad o del valor o de la integridad de la otra a cuyo servicio o adorno se hallaban destinadas de un modo permanente. Puede la conjunción ser también material, pero lo que constituye propiamente el vínculo de jurídica subordinación es su destino económico querido y actuado de modo duradero por el propietario en servicio y adorno de la otra. Caracteres de la pertenencia son, pues: 1) un vínculo que puede ser físico o intelectual, pero que es siempre subjetivo en cuanto es creado por quien usa de la cosa y constituido por el fin a causa del cual la pertenencia es puesta al servicio de la cosa principal; 2) un destino permanente y duradero a la cosa principal y no un destino transitorio; de lo que se deduce que no tiene facultad para colocar ambas cosas en tal relación el que goza temporalmente de la principal, como el arrendatario o el poseedor precarista, sino sólo el propietario o quien posee *animo domini*, como el poseedor de buena fe o el enfiteuta; 3) un destino en acto, es decir, no solamente ideado y querido, sino realizado de modo que la pertenencia se halle efectivamente al servicio de otra cosa. Ejemplos de pertenencias son los marcos respecto de los cuadros, la estatua colocada en la hornacina, los animales destinados al cultivo de un fundo y, en general, los inmuebles por destino, que constituyen una categoría importantísima (art. 413), como se verá más adelante.

A los efectos jurídicos, la diferencia fundamental entre ac-

cesiones, en sentido restringido, y pertenencias, estriba en que no siendo las primeras susceptibles de dominio separado, siguen la suerte de la cosa principal de modo que enajenada ésta se consideran enajenadas también las cosas accesorias; las segundas son susceptibles de dominio separado y no están ligadas al destino jurídico de la cosa principal, de modo que si por regla general van comprendidas en la enajenación de ésta (art. 1.471), pueden mediante pacto ser reservadas y excluidas. Mientras las accesiones, cualquiera que sea el momento en que se formen, siguen la suerte de la cosa principal, las pertenencias añadidas después del acto dispositivo se consideran no incluidas, aun sin necesidad de reserva especial (art. 847) (1).

γ) *Frutos* (2) son los productos de una cosa en general, y como tales tienen carácter accesorio respecto a la cosa madre que los produce.

Amplio es el concepto jurídico que abraza no sólo las producciones orgánicas sino también los productos inorgánicos; no sólo las formaciones naturales y periódicas, sino también las civiles y jurídicas; es decir, los réditos que las cosas producen a

(1) En efecto, este artículo declara en orden al legado de propiedad de un inmueble que cuando el testador lo hubiese aumentado con adquisiciones posteriores, éstas, aun siendo inmediatas, no se entenderán incluidas en el legado sin una nueva disposición. Lo mismo ocurre con respecto a la hipoteca; el art. 1.966 declara que la hipoteca se extiende a todas las mejoras y a las construcciones y otras accesiones del inmueble hipotecado, excluyendo según nuestra opinión las pertenencias añadidas posteriormente a la constitución de la hipoteca. Sin embargo, no hay conformidad en los autores (ver Zachariae, *Man.* IV, págs. 544-545, números 11-12; II, págs. 12, 125-126; Pacifici, *Successioni*, VII, núm. 69 y siguientes, etc.). Adviértase también que en cuanto al mismo concepto de pertenencia y a la diferencia entre pertenencia y accesión no hay acuerdo en la doctrina, ver Windscheid, *Pand.* I, 2, § 143; Dernburg, *Pand.* I, § 77; Barón, *Pand.* § 44; Bekker, *Pand.* I, § 74; Unger, *System*, I, § 53; Funke, *Die Lehre von den Pertinenzen*, 2.^a ed., 1850; Kohler, *Zur Lehre von Pertinenzen*, *Ihering's Jahrb.*, XXVI, pág. 1 y siguientes.

(2) Heimbach, *Die Lehre von der Frucht*, Leipzig, 1844; Petrazycki, *Die Lehre von Einkommen*, Berlín, 1893-95; Reichel, *Der Begriff der Frucht im röm Recht und in deutsch B. G. B.* (*Ihering's Jahrb.*, XLII, pág. 205 y siguientes).

quien las concede a otros para su goce. Se parte del concepto más restringido y naturalista, según el cual son frutos las partes orgánicas que la cosa produce y reproduce, ya naturalmente, ya por obra del hombre, sin agotarse para la reproducción y que se separan de la cosa madre para su utilización económica; las uvas, los cereales, la lana de las ovejas, las crías de los animales (artículo 444) (1). Se pasa de la producción verdadera y propia de cuerpos nuevos a las partes de la cosa que se reproducen, como en la tala de árboles de los montes tales (art. 485), la tala periódica de los bosques de alto fuste (art. 486); y de las cosas que producen y se reproducen a las que por su continuo disfrute a la larga se agotan, como los minerales de las minas, las piedras de las canteras, equiparándose los frutos inorgánicos a los orgánicos (2). De éstos, que con designación única se agrupan en la categoría de frutos naturales, se llega por una ulterior ampliación del concepto a los beneficios que pueden obtenerse con ocasión de una cosa, como compensación al goce concedido a otros, a los frutos civiles, como son los intereses de los capitales, las rentas vitalicias, las pensiones enfitéuticas, los censos, los precios de los arrendamientos rústicos o urbanos (3), etcétera (art. 444) (4).

Ahora bien; para los frutos rige el principio general de toda cosa accesoria, de modo que quien es propietario de la cosa madre es propietario de los frutos, y quien está obligado a restituir la cosa madre debe con ella restituir sus frutos cuando no tuvie-

(1) Gayo, fr. 28. D. 22. 1. Pero no era fruto para los romanos el parto de la esclava (fr. cit. § 1, fr. 68. D. 7. 1). Sobre esta notable decisión de los jurisconsultos romanos sobre los motivos y aplicaciones y límites de la misma, ver el interesante trabajo de Brini, *La sentenza di Bruto sul partus ancillae* (*Mem. della R. Acc. dell Ist. di Bologna*, 1909-10).

(2) Paulo, fr. 77. D. 50. 16.

(3) Ulpiano, fr. 36. D. 22. 1; fr. 29. D. 5. 3; fr. 34. D. 22. 1.

(4) Nótese que tienen el carácter de civiles siempre que se consideren como rentas o provechos por la concesión del goce de una cosa, aunque consistan en frutos naturales en lugar de dinero: así por ejemplo, si en el arrendamiento de un fundo rústico la merced es fijada en una cierta cantidad de frutos (grano, aceite, uvas) para el arrendador ésta es fruto civil no natural.

se un título que autorizase su goce; reglas particulares son dadas según el diverso momento en que son consideradas y las varias condiciones en que se hallan respecto de la cosa principal. Una triple distinción debe ser hecha con respecto a los frutos naturales (para los civiles, o no es posible o tiene menos importancia), según que se considere el momento de la reparación, el de la recolección o el de la consunción. Bajo el primer aspecto se contraponen a los frutos *pendientes*, es decir, a los que están unidos a la cosa madre; los frutos *separados*, es decir, aquellos que han sido destacados de aquélla, ya naturalmente, ya por obra del hombre; los primeros forman un todo único con la cosa madre (1) y no pueden ser objeto de relación jurídica distinta e independiente, si no es concibiendo idealmente su futura separación; los segundos adquieren existencia jurídica y autónoma en virtud de la separación, siendo susceptibles de ser objeto de relaciones independientes. Bajo el segundo aspecto se llaman *percibidos* los frutos cuya posesión se haya adquirido y se distinguen no sólo de los separados, sino también de los *percipiendi*, que son aquellos que se hubieran podido recoger y no se recogieron por negligencia. Bajo el tercero se consideran los frutos *existentes* en contraposición a los consumidos. Tiene importancia el hecho de la separación porque por ella, sin necesidad de *perceptio*, se adquieren los frutos, no sólo por el poseedor de buena fe (art. 703), sino también por el usufructuario (art. 480). Tiene también importancia el momento de la *perceptio* en cuanto que el poseedor de mala fe, y después de la demanda judicial también el poseedor de buena fe, tienen la obligación de restituir con la cosa los frutos, incluso los *percipiendi*; tiene importancia también el de la consunción, porque si por regla general con los existentes se deben restituir también los consumidos en algunos casos, como es, por ejemplo, en el usufructo legal del padre en los bienes del hijo, en orden a bienes parafernales de la mujer casada, la obligación se reduce a la restitución de los existentes si el padre, sin mandato y sin oposición, o con mandato, pero sin obligación de rendir cuenta de los frutos, ha

(1) Gayo, fr. 44. D. 6. 1.

continuado gozando de los bienes después de extinguido el usufructo legal (art. 234) o gozado en las mismas condiciones de los parafernales (art. 1.419).

En cuanto a la distinción entre frutos naturales y civiles, tiene valor sobre todo por el diferente modo de adquirirse unos y otros (1); el modo y el momento de adquisición de los frutos naturales es la separación; los civiles se adquieren día por día (artículo 481), lo cual quiere decir que quien tiene el derecho de goce de una cosa productiva de frutos civiles los adquiere a medida que cuotidianamente se produzcan, independientemente de haberlos o no percibido. Por excepción, la misma regla se aplica en un caso singular de los frutos naturales: cuando se trata de la restitución de la dote, los frutos de la misma se dividen entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto en proporción a la duración del matrimonio en el último año, que se computa por días, a partir de el del matrimonio (artículo 1.416).

δ) *Gastos* (2).—Son las expensas o desembolsos que se hacen por una cosa respecto a la cual tienen carácter accesorio. Y puesto que tales expensas pueden ser hechas con fines diversos, se distinguen los *necesarios* hechos para conservar la cosa, la cual si no se hicieran perecería o se deterioraría (3); *útiles* hechos para aumentar las utilidades o beneficios, por ejemplo, el transformar en viñedo un prado (4); *suntuarios* hechos con propósito ornamental, como el colocar pinturas, plantas, fuentes en un edificio (5).

A esta tripartición corresponden reglas diversas en relación a la obligación que tiene el propietario de reembolsar a aquel que los hizo. En los necesarios procede siempre el reembolso

(1) Petroni, *Valore della distinzione dei frutti in naturali e civili* (*Studi per Pepere*, Napoli, 1900).

(2) Ver Riccolono, *Distinzione delle impensae e la regola, fructus intelligitur deductis impensis* (*Arch. giur.* LVIII, pág. 60 y siguientes); Ricca Barberis, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, Torino, 1914.

(3) Ulp. Frag. VI, 14-15; Paulo, fr. 79. Pr. D. 50. 16.

(4) Ulp. Frag. VI, 16; Paulo, fr. 79 § 1. D. 50. 16.

(5) Ulp. Frag. VI, 17; Paulo, fr. 79 § 2. D. 50. 16.

(artículo 1.150); en los *útiles* es debido siempre que subsistan las mejoras y en la medida de la suma menor entre lo gastado y el valor de la mejora (art. 705), a veces en la medida efectiva de la mejora (artículos 1.018-1.528); en los suntuarios no procede nunca el reembolso (1).

§ 46.—*Distinción entre cosas muebles e inmuebles*

Brugi, Inst. § 16; Pacifici, Ist. II, pág. 273; Gianturco, Sist. I, § 40; Filomusi, Dir. reali. § 13; Chironi, Ist. I, §§ 47-51; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 313; Coviello, Man. I, §§ 75-77; Crome, Par. gen. § 18; Zachariae, Man. I, §§ 102-104; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 163-165; Planiol, Traité I, núm. 2.191 y siguientes; Windscheid-Pand. I, 2, § 139; Regelsberger, Pand. I § 98.

Los orígenes de la distinción de las cosas en muebles e inmuebles se hallan en el Derecho romano del último período; casi ignorada en el Derecho clásico, la distinción se fué dibujando en el postclásico y el justiniano, que la practicaron y la reconocieron importante (2).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 334, 335 y 336 del Código civil español; el 1.881 del italiano se refiere a la prenda sobre un derecho de crédito y no tiene equivalente en el español.

Ver artículos 475 del Código civil español referente al usufructo sobre renta vitalicia, el 337 sobre cosas consumibles que, por cierto, las confunde con las fungibles, como advierte el autor por medio de nota. El 482 sobre cuasi-usufructo, el 1.196 sobre compensación en cosas fungibles, el 1.166 sobre necesidad de pagar la cosa debida, el 1.182 sobre extinción de obligación por pérdida de la cosa no fungible, el 401 referente al caso en que no se divide la cosa común, el 404 sobre cosa esencialmente indivisible, el 396 sobre indivisibilidad por comunidad perenne, el 1.150 sobre indivisibilidad de obligaciones, el 499 sobre usufructo de un rebaño, el 464 sobre posesión de bienes muebles, el 376 sobre cosa principal, el 334 sobre bienes inmuebles, el 347 sobre extensión de la transmisión, el 355 sobre frutos naturales, industriales y civiles, el 485 sobre tala de árboles, el 472 sobre atribución de frutos pendientes al comenzar y al extinguirse el usufructo, los 451 y 452 sobre atribución de frutos en la posesión y el 474 sobre el momento de adquisición de frutos civiles. En materia de gastos, ver los artículos 1.893, 453, 454 y 455 del Código civil español.

(2) Es opinión muy acreditada la de que los textos de los clásicos en que se ve hecha contraposición entre las *res mobiles* y *res immobiles* sean interpolados o hayan sufrido alteraciones (ver Bonfante, *Ist. diritto rom.*, pág. 216, núm. 1; Ferrini, *Pand.*, pág. 274, núm. 4, etc.), cree que para

Pero el valor grande y decisivo de esta distinción, suprema entre las diferenciaciones jurídicas que de las cosas se hacen, no lo adquirió sino mucho más tarde por influjo del Derecho medioeval y, sobre todo, del feudal, que atribuyendo importancia preponderante a la propiedad inmobiliaria como elemento capital de la riqueza y como causa de adquisición de poderes señoriales, otorgaron a la mobiliaria una importancia secundaria correspondiente por lo demás a las condiciones económicas de la sociedad de un tiempo en que, no desarrolladas todavía las grandes industrias, limitada la producción de los metales preciosos, las grandes riquezas sólo por excepción podían estar constituidas por valores mobiliarios. El principio, que se fué formando de una *vilis mobilium possessio*, imperante en todo el antiguo Derecho y especialmente en el consuetudinario francés (en el que a través de la *Contume de Paris* y del Código napoleónico la distinción verbal llegó al nuestro), preside todo el régimen de la tutela jurídica de la propiedad, determinando entre ambos grupos de cosas diferencias profundas inspiradas en la idea de una más amplia protección de la propiedad inmobiliaria (1).

Para indicar los puntos más salientes, basta considerar: *a*) que la reivindicación posible siempre en los inmuebles no es actuable en los muebles a consecuencia del principio según el cual la posesión en los terceros de buena fe produce el efecto mismo del título (art. 707); *b*) que la sola posesión de los inmuebles se halla protegida contra las molestias y perturbaciones por la acción de mantenimiento de que se halla desprovista la posesión de los bienes muebles (art. 694); *c*) que por lo que a los inmuebles respecta, se introducen restricciones y se fijan condiciones más rigurosas a las enajenaciones de bienes de personas incapa-

los romanos la distinción fué hecha entre cosas corporales (*praedia mobilia semoventia*) no entre los derechos, como sucedió en el derecho posterior y sucede en el moderno.

(1) Barthou, *De l'origine de l'adage vilis mobilium possessio*, París, 814; Virgile, *Du regime de la propriété mobilière*, París, 1896; Van Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, Seyde, 1887; Goury, *Origine et développement hist de la distinction en meubles et immeubles*, París, 1903; Adam, *De l'influence de la maxime res mobilis res vilis sur le Code civil*, 1901.

ces o adquisiciones por personas jurídicas; *d*) que por regla general solamente para los inmuebles se exige el acto escrito (artículo 1.314) y sólo para ellos se da la institución de la transcripción; *e*) que la solvencia de un fiador, si no se trata de materias comerciales o de deudas pequeñas, no se mide sino en razón de sus bienes susceptibles de hipoteca; es decir, principalmente de los inmuebles (art. 1.905); *f*) que la rescisión de la venta por lesión en más de la mitad del justo precio, no se puede proponer más que referida a ellos (art. 1.529).

Prescindiendo del influjo de aquel principio, otras diferencias notabilísimas se dan en otros campos; sólo los inmuebles son susceptibles de hipoteca (art. 1.967); en los conflictos de leyes en el espacio, la condición inmueble de la cosa a que la relación se refiere excluye la aplicabilidad de la ley nacional del extranjero (disposición preliminar, art. 9.º), la situación del inmueble determina la competencia territorial en los juicios civiles (Código de Procedimiento civil, art. 93), etc.

Partía la distinción, en el antiguo Derecho consuetudinario francés, que contraponía a los *héritages* (inmuebles) los *cateux* o *chatels* (muebles, de *catallia*, *catallum* = capital ?), del criterio de la duración y de la utilidad de la cosa como productiva de rentas, según el cual eran inmuebles las cosas que revestían tal carácter, y muebles todas las demás, aunque se hallasen fijadas en el suelo (1). La distinción moderna se basa, por el contrario, en la aptitud de las cosas para ser transportadas de un lugar a otro sin que se altere su substancia, siendo muebles los que tienen tal aptitud, inmuebles los demás. A este criterio se añaden otros sin cuyo concurso no se comprendería cómo objetos muebles, como los animales, o transportables, como los utensilios, sean considerados en ciertas ocasiones como inmuebles, y viceversa, cosas inmuebles, como los frutos no separados aún del árbol, sean tratados como muebles; el destino de una cosa mueble al servicio de un inmueble, la extensión de la categoría de las cosas corporales de los derechos, según que se refieran a cosas inmuebles o muebles, la determinación legal que prescin-

(1) Planiol, *Traité*, I, números 2.192-2.196, pág. 699 y siguientes.

de de la naturaleza intrínseca de las cosas, la voluntad privada en cuanto, convencionalmente y en las relaciones privadas, equipare una cosa inmueble a la mueble o, viceversa, pueden atribuir a las cosas, aun oponiéndose a su naturaleza, la condición de mueble o inmueble. Deben, pues, distinguirse, agrupando los varios casos, la naturaleza, el destino, la determinación de la ley; y sobre la base de esto, que constituye a su vez la base del Código francés (artículos 516-536) y del italiano (artículos 406 a 426), clasificar las inmuebles en tres categorías (por naturaleza, por destino, por determinación de la ley o por el objeto a que se refieren, art. 407), los muebles en dos (por naturaleza y por determinación legal, art. 416), advirtiendo que si por regla general toda cosa pertenece a una de las dos especies (inmueble o mueble), a veces sucede que una misma cosa sea tratada en un aspecto como mueble y en otro como inmueble (1).

a) Inmuebles.

α) *Inmuebles por naturaleza* son, principalmente, el suelo y

(1) Por ejemplo, los frutos de la tierra y de los árboles los cuales en tanto no son separados, son inmuebles convirtiéndose en muebles cuando se alzan o separan del suelo, aun cuando no sean transportados a otro lugar (art. 411); aunque sean inmuebles en tanto dura la conjunción con la tierra o con los árboles, son tratadas como muebles pudiendo ser pignorados (Código procesal civil, artículos 589 y 606). Viceversa, las rentas nominativas del Estado aunque sean muebles, son tratados como inmuebles pudiendo ser hipotecadas (art. 1.964). Esta movilización o inmovilización hecha por la ley para indeterminados efectos puede ser también hecha por la voluntad privada, como ocurre, por ejemplo, con los frutos naturales, los cuales pueden ser considerados como muebles en la contratación en cuanto se considere el momento futuro de su separación. Se comprende que en tanto ésta no se verifique, la contratación produce efectos meramente obligatorios. La cuestión tiene importancia práctica en lo relativo a las concesiones mineras; en tanto los materiales no se hayan separado, el concesionario tiene solamente un derecho personal a la excavación; ver Maroi, *Il contratto di concessione mineraria e la tutela possessoria* (*Riv. soc. comm.*, 1920, X, fase 9); sobre la disentida calificación jurídica del contrato de extracción minera (enajenación mobiliaria e inmobiliaria, arrendamiento, contrato *sui generis*), Barassi, en *Legge*, 1904, página 2.109 y siguientes; Bonelli en *Foro it.*, 1905, pág. 1.457 y siguientes; Eula, *ib.*, 1912, pág. 1.275; Abello en *Giur it.*, 1915, IV, pág. 1 y siguientes.

todo lo que a él se halla adherido, ya por producción directa de la tierra, ya por incorporación, todo lo en ésta contenido o lo que es parte integrante del mismo. Son tales, pues: los terrenos, los edificios, los molinos y otras construcciones fijas sobre pilares o que forman parte de un edificio (art. 408) (1), los manantiales, los depósitos, los cursos de aguas, los canales que conducen las aguas a un edificio o a un fundo (art. 412), los árboles en tanto no sean talados (art. 410), los frutos de la tierra y de los árboles no recogidos o separados del suelo (art. 411) (2). Si se deben enumerar también las plantas de los viveros y semilleros (art. 491), es cuestión discutida que se resuelve por algunos en sentido afirmativo, basándose en su adherencia al suelo, y por otros en sentido negativo por la consideración de que los plantones son, por su naturaleza, destinados a ser trasladados (3).

A más de las citadas cosas y de todas las que pueden entrar en las indicadas categorías (ejemplo, conducciones de gas, de electricidad, etc.) (4), son también inmuebles («reputados», según la expresión del art. 409) los edificios flotantes, como molinos y baños (que normal y juntamente con las naves, lanchas, gabarras, etc., son muebles cuando se hallen o deban hallarse unidos por cuerdas o cadenas a las orillas y en ésta haya un edificio

(1) No es necesario que la construcción tenga duración perpetua o que haya sido ejecutada por el propietario del suelo; se tiene en cuenta sólo el hecho de la incorporación al suelo.

(2) Sobre la enajenación de las plantaciones no abatidas o de los frutos aún pendientes y su naturaleza jurídica, ver Attolico, *Vendita volontarie dei frutti pendenti* (Filang. 1905, pág. 321); Butera, *La vendita dei frutti nature di rispetto ai terzi* (ib. 1905, pág. 77); *La rivendicazione*, Milano, 1911, pág. 388 y siguientes.

(3) En nuestra opinión son inmuebles y no sirve la objeción de que se destinan a ser trasplantados porque también los frutos están destinados a ser separados del árbol. Es más, los plantones no son, en definitiva, más que frutos de la tierra y como ésta inmuebles en tanto no sean separados. Y como tales, les trata en relación al usufructo el art. 491; ver Vitale, *Sulla natura mobiliare dei vivai piantati a scopo di speculaz. comm.* (Però it.).

(4) Adviértase que la enumeración del Código no es taxativa sino ejemplificativa.

expresamente destinado a su servicio). Los edificios flotantes se consideran en tal caso formando una sola cosa con el establecimiento a cuyo servicio están destinados y con el derecho que el propietario tiene de fijarlos sobre aguas que no sean de su propiedad. De lo que se deduce que a las dos condiciones expresas (unión a la orilla y existencia y destino a ellos de un edificio) se añaden, implícitamente exigidas por la ley para que el flotante se repunte inmueble, otras dos: que el propietario tenga derecho a fijar en las aguas la construcción flotante y que ésta y el edificio pertenezcan a la misma persona (1).

β) *Inmuebles por destino* son aquellas cosas que, siendo muebles por naturaleza, han sido establemente destinadas al servicio de un fundo o anejas a él como pertenencia; precisa una destinación actual no sólo intencional y duradera, y como semejante destino no puede darse más que por el propietario, se deduce de aquí que una misma persona debe ser propietaria del inmueble y de las cosas destinadas a él (pero basta que sea poseedor *animo domini* o *enfiteuta*) (2). Es, pues, la inmovilización una consecuencia legal de la intención del propietario. Esta puede manifestarse de dos modos: o poniendo las cosas efectivamente al servicio de un fundo para su cultivo o al servicio de un establecimiento agrícola o industrial para ejercer una industria, o bien uniéndolas a un edificio o a un fundo mediante una conjunción física. A ambos modos se refiere el Código al enumerar (no taxativamente) los inmuebles por destino en sentido estricto y los que lo son por anexión o conjunción. Figuran entre las primeras el llamado servicio vivo o muerto de un fundo: los ani-

(1) Esta última condición es negada por alguno (por ejemplo Covello, Man. I, pág. 245), pero a nuestro juicio erróneamente, porque diversamente no podría darse aquella destinación del edificio a la construcción flotante, que es requisito para la inmovilización.

(2) Si también otros derechohabientes en el inmueble como el usufructuario o el usuario puedan también, es discutido; pero prevalece la opinión negativa (ver Venzi en Pacifici, Ist. II, pág. 306, n. 9.; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 30, núm. 3). No hay duda, por el contrario, que la facultad de inmovilización no corresponde al arrendatario, salvo el caso de que obre por encargo del propietario.

males dedicados al cultivo, los instrumentos rurales, el heno y las simientes suministradas a los arrendatarios, la paja, el forraje, el estiércol, los palomos de los palomares, los conejos de las conejeras, las colmenas, los peces de los estanques, los lagares, las calderas, los alambiques, las cubas, las pipas, los utensilios necesarios a la forja, a las fábricas de papel, molinos y otras construcciones (art. 413) (1). Entre los segundos figuran las cosas muebles unidas a las inmuebles materialmente (con cal, estuco), o que no puedan separarse sin rotura o deterioro o sin estropear la parte del fundo a que están adheridas: los espejos, los cuadros y otros adornos cuando formen cuerpo con las paredes o el techo; las estatuas colocadas en las hornacinas destinadas a ellas (art. 414).

γ) *Inmuebles por determinacion de la ley* son los derechos (que, como dijimos, no debieran científicamente enumerarse entre las cosas) cuando tengan por objeto cosas inmuebles y todas las acciones a ellos relativas; por tanto, el dominio de inmuebles pleno o separado del goce (nuda propiedad), el derecho del concedente y del enfiteuta, el derecho de habitación, el usufructo y el uso constituido sobre inmuebles, las servidumbres prediales y las acciones que tutelan estos derechos, así como toda otra acción, aunque no sea real, que tienda a recuperar o hacer entrar en el patrimonio una cosa inmueble (art. 415) (2).

b) *Muebles.*

α) *Muebles por naturaleza*, cuando la aptitud de las cosas para moverse por sí mismas (animales) o para ser transportadas

(1) Que la enumeración es ejemplificativa resulta de lo añadido al artículo 413 que dice que son inmuebles las demás cosas consignadas por el propietario al arrendatario para el servicio y cultivo de fundo. El último párrafo del artículo mira a resolver dos dudas declarando que los animales dados en arriendo (*soccida*) a otros que no sean el arrendatario o mediero, son considerados muebles y que si la entrega de los animales al arrendatario o mediero ha sido acompañada de estimación, siendo *taxationis non renditionis causa*, no por eso se destruye la inmovilización de los animales.

(2) Carácter inmobiliario ha sido reconocido también a otros derechos, por ejemplo, al derecho de tener banco en la iglesia, derecho de palco en el teatro, derecho de sepulcro, etc.

de un lugar a otro (objetos inanimados) no venga suprimida en las cosas físicamente por conjunción o económicamente por destino son cosas muebles por naturaleza. No valdría a privarles de tal cualidad el ser recogidas en colecciones (art. 417). Muebles por naturaleza son las naves, lanchas, gabarras, los molinos, los baños y los edificios o construcciones flotantes cuando no concurren las condiciones del art. 409 que los transforman en inmuebles (art. 419), y análogamente los materiales viejos de una construcción cuando ésta haya sido demolida y los materiales nuevos recogidos para la construcción de un edificio hasta que no sean empleados en la construcción (art. 420); los frutos, cuando sean separados o recogidos, aun cuando no sean transportados a otro lugar (art. 411); los árboles, cuando son abatidos (art. 410).

β) *Muebles por determinación legal.*—Análogamente a la correspondiente categoría de los inmuebles, los derechos, las obligaciones y las acciones, incluso hipotecarias, que tienen por objeto sumas de dinero o efectos muebles, las acciones o cuotas de participación en sociedades mercantiles o industriales, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles, son muebles por determinación de la ley (art. 418). Es, pues, aquí en los derechos mobiliarios, lo mismo que en los derechos inmobiliarios, el contenido propio del derecho o de la acción en cuanto tienda a la consecución de una cosa mueble, lo que determina su naturaleza mobiliaria. A este principio parecen haber sido hechas dos excepciones por el art. 418 en cuanto que son declaradas muebles, incluso las acciones hipotecarias (las cuales se refieren, por regla general, a un inmueble), y las cuotas de participación en las sociedades mercantiles, aunque pertenezcan a las mismas bienes inmuebles. Pero en realidad se trata de excepciones aparentes. Dado el carácter accesorio que tiene la hipoteca con relación al crédito en garantía del cual se establece, y dada la inseparabilidad del crédito de su garantía, la acción hipotecaria sigue como accesoria al derecho de crédito y se caracteriza como mobiliaria cuando aquél tiene por objeto sumas de dinero o efectos muebles (1). En cuanto a la cuota de participación en una sociedad

(1) Una diversa interpretación se da—contra la opinión dominan-

mercantil, hay que tener en cuenta que si los inmuebles forman parte del patrimonio social no entran como objeto directo en la cuota del socio; dada la separación del patrimonio social, la cuota no puede dirigirse, en tanto el ente subsiste, sino a los provechos o dividendos, y sólo cuando, disuelta la sociedad, haya lugar a un reparto en especie, el derecho del socio se transformará en inmobiliario si hay asignación de inmuebles, como lo declara el mismo art. 418: «En éste último caso tales acciones o cuotas de participación son reputadas muebles en relación a cada socio por el tiempo que dura la sociedad» (1). Una verdadera anomalía la constituyen las rentas del Estado; semejantemente a las rentas vitalicias y perpetuas, son muebles (art. 418), pero, a diferencia de las demás, es declarada susceptible de hipoteca, siendo así equiparadas en este respecto a los inmuebles (art. 1.964; art. 32 y siguientes, texto único; leyes sobre la Deuda pública, 17 de Julio de 1911, núm. 536, y art. 56 del Reglamento de 19 de Febrero de 1911) (2) (3).

te—por Coviello, Man. I, págs. 249-250, a la frase «acciones» incluso hipotecarias; según ellos, la acción hipotecaria sería siempre un derecho inmobiliario. Pero no podemos adherirnos a esta opinión.

(1) La razón de la atribución del carácter mobiliario al derecho del socio, radica según Carnelutti, *Sul carattere mobiliare della quota di una soc. comm. o industr. disciolta* (*Riv. Dir. civ.*, V, 1913, pág. 66 y siguientes) en una determinación autoritaria del legislador que decide en tal sentido una cuestión que no admite solución distinta, no pudiéndose frente a la incesante variación en la composición del patrimonio social, determinar con seguridad el objeto de un derecho cuya realización se aplaza hasta la disolución de la sociedad. Con tal criterio, el autor se ocupa de la cuestión de si el art. 418 extiende su eficacia más allá del momento en que la sociedad viene disuelta y liquidada y la resuelve negativamente. Yo creo que la condición mobiliaria perdura hasta el reparto; ver en este sentido Rotondi, *Riv. Dir. comm.*, 1911, pág. 498.

(2) En cuanto al valor que se debe dar a algunas expresiones usuales como *bienes muebles, efectos muebles, muebles, mobiliario, casa amueblada*, proveen con reglas interpretativas los artículos 421-424 que determinan su significación, tanto si son usadas por la ley cuanto si son usadas por las partes, en los negocios jurídicos, resolviendo una serie de dudas y controversias que podría originar su indeterminación y la falta de correspondencia de la significación vulgar con las clasificaciones legales.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concordancias con el derecho español.

§ 47.—*Distinción de los bienes según su pertenencia*

Brugi, Ist. § 16; Pacifici, Ist. III, I pág. 188; Gianturco, Sist. I, § 37; Filomusi, Dir. reali, § 12, págs. 14-39; Chironi, Ist. I, § 52; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 338; Coviello, Man. I, §§ 84-96; Crome, Par. gen., § 19; Zachariae, Man. I, §§ 107-110; Aubry et Rau, Cours, II, §§ 168-171; § 19; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 146-147; Regelsberger, Pand. I, §§ 107-117.

Si prescindiendo de las cualidades intrínsecas, físicas o jurídicas, las cosas se consideran según su aptitud para ser objeto de relaciones jurídicas o en su condición de pertenencia a las personas, pudiendo ser de los particulares o del Estado y demás entes públicos, se deben hacer tres fundamentales distinciones, correspondiendo a cada categoría particulares reglas de derecho.

a) *Cosas en el comercio y fuera del comercio.*—Según su idoneidad, para ser objeto de relaciones jurídico-patrimoniales las cosas están en el comercio o fuera de él. Comerciables no son todas las cosas, habiendo algunas que, por su naturaleza o por su peculiar destino, se hallan sustraídas a los actos de disposición. Ni debe entenderse por comerciabilidad la aptitud para relaciones jurídicas en general, sino para relaciones patrimoniales, porque objeto de una relación de Derecho público son también los bienes del patrimonio nacional (*demanio*), que se consideran como cosas fuera del comercio. Y viceversa, no bastaría una limitación más o menos profunda a la facultad natural de disposi-

Ver artículos 464 sobre posesión de bienes muebles, 1.638 a 1.660 y 2.056 a 2.060 de la ley de Enjuiciamiento civil sobre protección posesoria; 1.280 del Código civil sobre necesidad del instrumento público, 1.073 a 1.080 y 1.290 a 1.297 sobre rescisión por lesión; expresamente sobre lesión en la venta no hay nada en el Código español a diferencia de lo que sucede en el francés y en el italiano (art. 1.529 del Código civil italiano), artículo 1.874 sobre que únicamente los bienes inmuebles pueden ser objeto del derecho de hipoteca, art. 10 sobre aplicación del estatuto real, art. 62, regla 3.^a de la ley de Enjuiciamiento civil sobre competencia territorial. Artículos 333 a 337 sobre enumeración de bienes muebles e inmuebles: en el Código civil español no existe una clasificación de bienes inmuebles por razón de su naturaleza, de su destino o de su objeto, como en el italiano

ción de las cosas para determinar en ellas la cualidad de *res extra commercium*, sino cuando ésta no derive de una de las dos causas indicadas; no hay que confundir con la in comerciabilidad las prohibiciones absolutas o relativas impuestas a los particulares de disponer de alguna cosa, ya sea establecida la prohibición en interés de determinadas personas, como la de enajenar los bienes dotales (art. 1.404 y siguientes), ya lo sea en interés general de la seguridad y de la salud públicas (como ocurre en cuanto a las armas, venenos y explosivos), del fisco o del patrimonio artístico nacional (como, por ejemplo, los géneros sujetos a monopolio del Estado u objetos de arte y antigüedades) (1). La distinción entre cosas en el comercio y fuera del comercio se presupone por el Código cuando declara que sólo las cosas comerciables pueden ser objeto de contrato (art. 1.116); de hipoteca, si son inmuebles (art. 1.967); de prescripción (art. 2.113), que la obligación se extingue si la cosa deja de ser comerciable (art. 1.298), etc. Fuera del comercio están:

α) *Las cosas comunes (res communes omnium)*, como el aire, el agua corriente, el mar (2), las cuales, por la abundancia en que se hallan en la Naturaleza, no se prestan a su total apropiación y ofrecen a los hombres una posibilidad ilimitada de aprovechamiento. Pueden, sin embargo, limitada y parcialmente, ser objeto de apropiación y resultar así comerciables porciones de agua corriente canalizada en conductos, de luz y de aire respecto al campo visual de un edificio o a la superficie de un fundo, y susceptibles de relaciones jurídicas patrimoniales en tanto dure la apropiación.

β) *Las cosas demaniales* del Estado, las Provincias o los

(1) Una importante serie de prohibiciones de enajenación se ha dado durante la guerra y después de ésta en la policía anónima: prohibiciones de vender o suministrar géneros alimenticios, comerciar con ellos o con mercaderías de uso común y extenso, o que interesaban la producción agrícola o industrial del país, por ejemplo, Decreto-ley de 2 de Enero de 1916, núm. 15; 27 de Febrero de 1916, núm. 266, 23 de Marzo de 1916, número 354 para el grano, el centeno, la avena.

(2) Párrafo 1, Inst. 2. 1; Manenti, *Concetto della comunione relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle communes omnium* (Filang. XIX, páginas 327, 492 y siguientes).

Municipios (*res publicae* o *res in usu populi*) son las cosas que están destinadas perpetuamente a un fin público. Son denominadas, según la terminología del Código, «bienes de dominio público del Estado» (art. 426) y «bienes de uso público de las Provincias y de los Municipios» (art. 432), y se contraponen así a los bienes patrimoniales, ya sean de las Provincias o de los Municipios, ya del Estado, que son comerciables; pero la diversa denominación empleada para el Estado y para los demás entes públicos no corresponden a una diversa naturaleza de los bienes que constituyen demanio, en todo caso nacional, provincial o municipal.

b) *Cosas en patrimonio y fuera de patrimonio.*—Excluidas las cosas que están fuera de comercio por naturaleza (*res communes omnium*), todas las demás pueden pertenecer al Estado, a las Provincias, a los Municipios, a los demás entes públicos menores y a los particulares, ya individualmente, ya asociados en corporaciones (art. 425), el concepto de pertenencia en sentido lato comprende tanto la pertenencia del derecho privado, según la cual las cosas están en propiedad de alguien, cuanto la pertenencia de Derecho público, según la cual las cosas son del Estado, de las Provincias o de los Municipios. Pero la distinción entre cosas en el patrimonio y fuera del patrimonio excluye aquella forma de pertenencia, que es especial en las cosas demaniales, en las que se manifiesta una relación pública de soberanía y se limita a las demás cosas en cuanto son o pueden ser objeto de relaciones patrimoniales, es decir, de propiedad de Derecho privado. Ahora bien, bajo este aspecto se dicen «en patrimonio» las cosas que actualmente pertenecen a alguien, y se dicen «fuera de patrimonio» las que no pertenecen a nadie, pero pueden ser apropiadas mediante la ocupación. Y éstas a su vez se subdividen en dos categorías:

α) cosas que jamás pertenecieron a alguien (*res nullius*), como los animales que son objeto de caza y pesca, las piedras preciosas del fondo del mar, etc. (art. 711);

β) cosas que pertenecieron a alguien, pero que han sido abandonadas por su propietario (*res derelictae*), unas y otras son propiedad del primer ocupante.

c) *Cosas demaniales y patrimoniales*.—Las cosas pueden pertenecer a los particulares, al Estado, a las Provincias, a los Municipios y a los institutos o establecimientos públicos (artículo 425). Si pertenecen a los particulares están sujetos a la disciplina del Derecho civil y no son susceptibles de otras distinciones. Importantísima, por el contrario, es la que se debe hacer si los bienes pertenecen al Estado, Provincia o Municipio, entre bienes *demaniales* y patrimoniales (artículos 426 y 432), ya que mientras estos últimos están regulados lo mismo que los bienes de los particulares (salvo las restricciones a que los someten las leyes fiscales del Estado, Provincia o Municipio en lo que se refiere a la enajenación y administración), los primeros, por ser destinados al uso público, están sometidos a un régimen especial.

¿Qué debe entenderse por bienes demaniales y patrimoniales? En el Código falta una definición de la *demanialidad*; hay solamente una enunciación de las cosas que forman parte del demanio público, siendo diverso el sistema seguido por los compiladores en la determinación de los que corresponden al Estado con respecto a la de los que corresponden a las Provincias y Municipios; pues mientras en el primero se hace la enumeración de las cosas demaniales (art. 427) y se añade que cualquiera otra especie de bienes pertenecientes al Estado forma parte de su patrimonio (art. 428), en el segundo falta la enumeración. El concepto de *demanialidad* debe ser investigado y construido por la doctrina, y en la investigación, que debe ser positiva, es decir, fundada en criterios que informen la legislación vigente, son fundamentales estos tres puntos: cuales sean las características diferenciales entre *demanio* y bienes patrimoniales; cual sea la naturaleza del derecho del Estado en los bienes *demaniales*; cual sea el carácter de la enumeración contenida en el artículo 427 (I).

(1) Sobre lo que sigue, a más de los Tratados generales de derecho civil y derecho administrativo, ver Lomonaco, *Il demanio dello stato*, Torino, 1892; Ranelletti, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio* (Legge, 1892); *Concetto natura e limiti del demanio publico* (*Giur. it.*, LI, 1897, pág. 325 y siguientes; L, 1898, pág. 113 y siguientes; *Riv. it. p. le*

El criterio general de distinción lo da el destino especial de los bienes públicos, ya que casi todos los bienes del Estado y de los demás entes menores, provinciales y municipales, tanto *demaniales* como patrimoniales, tienen por fin el servir a un interés general, el destino propio de los demaniales es el ser de *uso público*. Se discute qué es lo que debe entenderse por uso público, esto es, si se requiere un uso directo e inmediato por parte de los ciudadanos, como en las carreteras, las playas, los ríos, de los cuales gozan todos los miembros del agregado social, con sólo transitar, pescar o navegar en ellos, o basta un uso indirecto y mediato en cuanto sea el Estado el que use directamente de los bienes en interés común de los ciudadanos, como sucede con los edificios públicos, fortalezas, etc.

De seguir una u otra teoría deriva notables diferencias en el concepto de *demanialidad*, originándose las ulteriores distinciones que se encuentran en los autores. Si sólo aquellas cosas que directamente sirven al uso de los ciudadanos se consideran *demaniales* y todas las demás patrimoniales, en éstas deben distinguirse las que, siendo destinadas a un servicio público (como los edificios públicos), son *indisponibles* de aquellas otras que, teniendo una utilidad económica, y siendo productivas de una renta son *disponibles*. Si por el contrario se enumeran entre las demaniales, tanto las que son directamente disfrutadas por los ciudadanos cuanto los que son por éstos indirectamente disfrutadas por ser su uso reservado al Estado, pero corresponder su utilidad final a los ciudadanos por destinarlos el Estado a un servicio público, los demaniales deben distinguirse en dos tipos: el *demanio normal*, en el cual el goce de las cosas públicas se

sc. giur., XXV, 1898, pág. 1 y siguientes, XXVI, 1898, pág. 43 y siguientes, pág. 319 y siguientes); *Della formazione e cessazione della demanialità* (*Giur. it.* LI, 1899, pág. 1 y siguientes); De Viti De Marco, *Entrate patrimoniali e demanio* (*Giorn. degli Economisti*, 1894, pág. 487 y siguientes); Cammeo, *Demanio (en Digit.)*. Consúltense además Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1880-82, De Cupis, *La legge di amministrazione del patrimonio dello Stato*, Torino, 1910, pág. 131 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 196 y siguientes y Filomusi, *Diritti reali*, pág. 36 y siguientes, en el cual se trata de un modo profundo la demanialidad, y sólo dogmática, sino también comparativamente.

efectúa directamente por los ciudadanos, y un *demanio anómalo*, cuya utilidad es dada por el uso que el Estado hace en interés general y cuyo ejemplo más típico lo constituyen los bienes destinados a la defensa nacional.

Una teoría que se apoya en principios económicos y que tiene un gran prestigio científico, parte en la distinción entre demanio y patrimonio de la función económica que poseen los bienes en general. Estos son: *de primer grado*, es decir, aptos para satisfacer directamente las necesidades humanas merced a su natural aprovechamiento, o *de segundo grado* o *instrumentales* o sea aptos para satisfacer indirectamente en cuanto poseen valor en cambio y sirven a proporcionar los medios para satisfacer aquéllos. Aplicando este concepto económico a los bienes del Estado, los bienes *demaniales* serían de primer grado, por ser destinados a la satisfacción directa de las necesidades de la colectividad; los patrimoniales serían los de segundo grado o instrumentales por ser destinados a transformarse en otros valores, es decir, a producir una renta que sirva a la satisfacción de las necesidades públicas.

Dejando por ahora el examen detallado de la doctrina, creemos que la teoría de la *demanialidad* puede construirse correctamente sobre la base de este concepto económico, adoptándolo no como exclusivo y decisivo, sino integrándolo con el de que la *demanialidad* es un acto de determinación del Estado, el cual destina las cosas a ventaja de la comunidad, poniéndola a su servicio de modo permanente. El sistema de nuestra ley debe partir de que si bien el art. 427 distingue implícitamente dos órdenes de cosas demaniales, las destinadas al *uso público*, como las carreteras, playas, ríos y las destinadas a la defensa nacional, como las fortalezas, los muros, la serie de los bienes demaniales es más amplia y procede por gradación, partiendo de aquellos en que el uso y el goce es inmediato en los ciudadanos hasta aquellos que sólo en su última finalidad satisfacen directamente una necesidad pública, pasando por figuras intermedias en las cuales el uso de los particulares es más o menos posible y, por consiguiente, más o menos directo como en los edificios destinados a servicios públicos. El uso público comprende en otros

términos, no solamente aquel para el que por su naturaleza propia son aptas y destinadas las cosas *demaniales*, como ocurre con las carreteras y caminos para los cuales no hay otra forma de goce, sino la consistente en el uso directo que hacen los ciudadanos al transitar, sino también aquel que consiste en un goce indirecto por parte de los ciudadanos, los cuales podrán, en cierto modo, y parcialmente, hacer de él uso inmediato, como ocurre con los edificios públicos, pero no obtienen de las cosas las utilidades propias, sino a través del uso del Estado en cuanto son por éste destinadas a la satisfacción de la necesidad pública. Son, pues, *demaniales* los bienes destinados al uso público, entendido éste en el sentido amplio de goce directo e indirecto y los destinados a la defensa nacional, de los cuales todos la utilidad general consiste en una utilización directa de la cosa sin necesidad de transformaciones. Patrimoniales, por el contrario, son todos los demás, que no siendo destinados a un aprovechamiento natural por parte de los ciudadanos o por parte del Estado, proporcionan a éste en forma de precio, de enajenación, de arrendamiento, etc., los medios económicos necesarios para la satisfacción de las demás necesidades públicas.

A este concepto general de la *demanialidad*, que abraza con las cosas destinadas al uso directo por los ciudadanos y a la defensa nacional, también las demás destinadas a un servicio público y que puede reunir en una misma categoría otras cosas que ofrezcan alguno de aquellos caracteres, no se opone el artículo 427, en el cual la enumeración de las cosas *demaniales*, según el unánime parecer de los autores no es taxativa, sino solamente demostrativa. La objeción que alguien ha hecho (1) de que la *demanialidad*, implicando in comerciabilidad de las cosas, tiene carácter excepcional y no puede extenderse a otras que no sean expresamente declaradas, tales por la ley, así como la que trae origen de la supresión de una definición general de la demanialidad (existente en el Código francés, art. 538 y en el primer proyecto Cassinis) o de la fórmula exclusiva de demanialidad

(1) Así, por ejemplo Chironi, *Questioni di diritto civile*, Torino, 1890; página 23.

adoptada en el art. 428, según el cual declarándose «que cualquiera otra especie de bienes pertenecientes al Estado forma parte de su patrimonio», se debería concluir que son patrimoniales todos los bienes no considerados en el art. 427, no son admisibles por la consideración de que la in comerciabilidad no es un principio excepcional que la historia de la formación del Código explica el por qué de la supresión de una definición general de la *demanialidad* y el por qué de la fórmula del art. 428 y que como la ley no contiene una enumeración taxativa ni siquiera una enumeración de cualquiera índole, por lo que respecta al *demanio* provincial y municipal (art. 432), así la que es hecha con relación al *demanio* nacional se hace (por uniformidad de criterio legislativo) por vía de ejemplo.

Si luego de esto nos preguntamos cuál sea la naturaleza del derecho que corresponde al Estado en las cosas *demaniales* y en las patrimoniales, conviene advertir que mientras el derecho en las cosas patrimoniales no se discute, debiendo reconocer en él un verdadero derecho de propiedad no diferente del que sobre las cosas propias tienen los particulares, por el contrario es muy discutible la naturaleza del derecho relativo a las cosas *demaniales*. Afirman algunos que se trata de un derecho de propiedad, si bien el destino al uso público la limite tanto que quede reducida a una propiedad potencial; la disponibilidad que correspondería al Estado en abstracto queda en suspenso por el destino mismo y en tanto éste dura y recobra vida cuando tal destino cesa. Lo cual se halla previsto por las mismas normas del Código cuando declaran que los terrenos de las fortificaciones, los bastiones de las plazas de guerra que no tengan ya tal destino y los demás bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del *demanio* público a ser patrimonio del Estado (art. 429). Objetan otros que un derecho de propiedad análogo al de propiedad privada no es concebible en el Estado sobre cosas demaniales y lo sustituyen por un derecho de *imperium* de naturaleza esencialmente pública que se adapta mejor al ente público que para la consecución de sus fines no tiene ni puede tener la disposición de tales bienes sino sólo su tutela y administración. Lo cierto es que elementos de

soberanía entran en la relación, pero no la agotan y elementos del derecho de propiedad concurren también en ella, pero no idénticos a los que constituyen la propiedad privada; por ello la relación puede ser definida como una propiedad pública, entendiéndose por tal una relación real de naturaleza pública y sujeta a normas diversas de las que regulan la propiedad de Derecho privado (1).

El efecto fundamental que la demanialidad produce es el de la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes (artículos 430, 2.113). Es ésta una consecuencia necesaria y directa del carácter que tienen de bienes destinados a satisfacer con un goce inmediato las necesidades colectivas. Inidóneos para producir renta, su utilidad no consiste sino en su destino al uso público o a la defensa nacional que el Estado les ha asignado, y tal utilidad quedaría destruída cuando por una enajenación quedasen substraídos al goce de los ciudadanos o al uso del Estado, convirtiéndolos en otros valores. Son, pues, incapaces de constituir objeto de apropiación por los particulares (artículos 1.116, 556) en tanto tal destino dura; ni el destino cesa, en tanto la necesidad pública subsista (2).

Pero la misma inalienabilidad e imprescriptibilidad, precisamente por ser consecuencia de su destino al fin público, tiene limitaciones; cuando la existencia de un derecho a favor de los particulares sobre los bienes demaniales no sea incompatible con su destino público o no impida o menoscabe el uso general de los ciudadanos, pueden los particulares adquirir derechos en el *demanio* mediante concesión de la autoridad; ejemplo de esto

(1) Una consecuencia de la inalienabilidad es que los bienes demaniales no están sujetos a ejecución forzosa; se discute si pueden ser expropiables por causa de utilidad pública.

(2) En cuanto al modo de cesar la demanialidad, son varias las formas: la expresa declaración de la autoridad administrativa, el cambio de destinación, la cesación de la posibilidad del uso público o de la idoneidad de la cosa a satisfacerlos, también la cesación inmemorial del uso; ver Ranelletti en *Giur. it.* LI, 1899, IV. pág. 25 y siguientes; Romano, *Princ. di Dir. amm.*, pág. 419 y siguientes; Cammeo, *Demanio*, núm. 153 y siguientes; Presutti, *Ist. Dir. amm.*, I, § 100; Armanni, *Il tempo immemorabile e le cessazione della demanialita*, Roma, 1889.

son las ocupaciones del suelo público, concesiones de aguas demaniales, etc. Consecuencia del mismo concepto es el carácter de revocabilidad que acompaña a tales concesiones: el derecho del particular dependiente de la concesión debe ceder cuando sobrevenga una incompatibilidad entre tal derecho y el destino a un fin público (1).

Cuales sean en concreto los bienes que constituyen el demanio del Estado, de las Provincias y de los Municipios, ni lo expresa el Código con enumeración completa ni sería posible declararlo con clasificaciones preestablecidas e inmutables, porque si la *demanialidad* deriva del destino a un fin público y si al hacer esta destinación el ente público es guiado por la necesidad económico-social del momento, puede tal necesidad variar en un momento sucesivo y variar también la condición de los relativos bienes. Ejemplos múltiples de esta variabilidad lo ofrece el actual movimiento de socialización de ciertos servicios que confiados a la industria privada, primero, fueron luego atraídos a la órbita de los servicios del Estado o municipales, dando lugar a la *demanialización* de los bienes que a ellos eran destinados (teléfonos, ferrocarriles). Indicaremos aquí sólo los más importantes bienes *demaniales*.

a) *Carreteras*.—Pertenece al demanio del Estado las nacionales y al provincial y municipal las provinciales y municipales según la declaración del art. 427 del Código civil y de la ley de 20 de Marzo de 1865 sobre obras públicas, que determina más concretamente los requisitos (artículos 10, 13 y 16). Lo mismo puede decirse de los puentes, cunetas, etc. y, en general, cuanto sirve a ellas.

b) *Ferrocarriles*.—Que entran en la categoría de las carre-

(1) Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni* (en *Giur. it.*, 1894, IV, pág. 5 y siguientes; *Facolta create delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Riv. it. p. le Sc. giur.* XIX, 1895, pág. 3 y siguientes; XX, 1896, pág. 255 y siguientes; XXI, 1896, pág. 77 y siguientes, pág. 350 y siguientes; XXII, 1897, pág. 177 y siguientes); Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative* (*Giur. it.*, 1900, IV, pág. 369 y siguientes; Cogliolo, *La revoca delle concessioni governative* (*Scritti vari di Dir. priv.*, pág. 211 y siguientes).

teras nacionales y que, por tanto, deben considerarse éstos como parte del *demanio* nacional, nos parece indudable, si bien no falte quien sostenga lo contrario, considerándolos como patrimoniales. Las disposiciones de los artículos 1.º, 11 y 206 y siguientes de la ley sobre obras públicas, no dejan lugar a dudas sobre su *demanialidad* (1).

c) *Orilla del mar, puertos, golfos, playas.*—Es la orilla o ribera del mar la faja de tierra a que se extiende el flujo máximo de las mareas (2); playa es la zona que bañada por el mar sirve al uso de éste para el acceso y el arribo. Hasta donde tierra adentro se extiende éste, es de la competencia de la autoridad administrativa marítima el determinarlo (Código de la Marina Mercante, art. 157). Una y otra lo mismo que los puertos, los golfos y las obras que sirven al uso de éstos, como faros, diques, dársenas, etc., son siempre demanio del Estado.

d) *Ríos, torrentes, canales.*—Distingue el Código francés para la declaración de demanialidad de los ríos, los que son navegables o aptos para el transporte (*navigables ou flottables*, artículo 538) y los que no lo son, considerando demaniales sólo los primeros. Los romanos contraponían los ríos públicos a los privados y como nota distintiva de los primeros se fijaban en el carácter perenne de su curso (3), mientras para la distinción entre

(1) Filomusi, *Discorsi su Silvio Spavente*, Lanciano, 1894; *Dir. reali*, § 28; Fadda, *Se le ferrovie appartengano al pubblico demanio*, *Foro it.*, 1904, I, pág. 483; Gianturco, *Dir. reali*, pág. 14 y siguientes.

(2) Así también lo definen los textos romanos § 3, Inst. 2. 1. *Est autem bitus maris, quateuns hiberins fluctus maximus excurrit*, ver fr. 112 D. 50. 16. pero no había conformidad sobre si debía considerarse como *res pública* o *communis omnium*. Tal disconformidad, según las más recientes investigaciones, no se hubiera dado entre los jurisconsultos clásicos sino entre éstos y los compiladores justinianeos; ver sobre la cuestión, Pampaloni, *Sulla condiz. giur. delle rive del mare in Dir. rom. e odierno* (*Bull. ist. Dir. rom.*, IV, pág. 197 y siguientes); Ferrari, *Di alcune leggi bizantine regard, il litorale marino* (*Rend. ist. lomb.*, 1909, pág. 591 y siguientes); Costa, *Il mare e le sue rive in Dir. rom.* (*Riv. Dir. inter.*, 1916, página 337 y siguientes); Maroi, *Sulla cond. giur. del mare e delle sue rive in Dir. rom.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, 1919, pág. 128 y siguientes).

(3) Ulpiano, fr. 1. § 3. D. 43. 12. Brugi, *Studi sulle dottr. rom. della proprietà, intorno alla condiz. giur. dei fiumi* (*Arch. giur.*, XXII, pág. 303

río y arroyo se basaban en la *magnitudo* del curso o en la opinión de los ribereños (1). De aquí derivan una serie de cuestiones sobre los criterios que deben considerarse seguidos por el legislador italiano que ni de perennidad de curso ni de aptitud a la navegación o al transporte ni de amplitud del caudal hace mención. Precisamente el no haber señalado ninguno de estos requisitos induce a creer que todos los ríos y todos los torrentes sean *demaniales*, haya o no en ellos aptitud a la navegación y al transporte, ya sean estos cursos de agua perennes de menor importancia o cursos intermitentes, provocados por lluvias o fusión de las nieves. La razón de la demanialidad de todos, está en su destino al uso público y éste podrá consistir en la navegación, en la flotación o en la satisfacción de otras necesidades públicas, como las derivaciones de ellos para fines industriales o higiénicos. En base de este criterio, deben considerarse demaniales los canales, ya sean naturales o artificiales, destinados a la navegación o flotación o solamente al riego o a la producción de fuerza motriz. En cuanto a las partes del curso *demanial* de agua es indudable que, de igual manera que la masa corriente es demanial el lecho sobre que discurre, siendo propiedad de los ribereños las orillas que están sujetas a una servidumbre pública de camino de sirga (art. 534) (2).

y siguientes); *Sugli argini dei fiumi nell'età romana* (Atti R. Acc. Padova, VII, 1891); Costa, *La condizione giur. dei torrenti nell'età romana* (Bull. ist. Dir. rom., XXVII, pág. 74; *Le acque nel Dir. rom.*, Bologne, 1919.

(1) Ulpiano, fr. 1. § 1. D. 43. 12.

(2) Sobre toda la materia de las aguas públicas y privadas ver Gianzana, *Le acque nel Dir. civ. it.*, Torino, 2.^a ed., 1900; *Teórica delle acque private* (en *Dig. it.*); Marra, *Delle acque nei rapporti con la pubblica amministrazione*, Torino, 1893; Fiepolo, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Torino, 1889; Ratto, *Carattere ed enumerazione delle acque demaniali* (Legge, 1893, I, pág. 28 y siguientes, 67 y siguientes); *Le acque pubbliche non demaniali* (Legge, 1893, I, pág. 499 y siguientes, 536 y siguientes); *Concessione delle acque pubbliche* (Legge, 1893, II, pág. 139 y siguientes; *Il nuovo regime delle acque*, Torino, 1910; Pacelli, *Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati*, Torino, 2.^a ed., 1918; Codovilla, *Del diritto delle acque*, Torino, 1905; De Cupis, *Del concetto di proprietà delle acque fluenti*, Roma, 1909; Marra, *Del diritto sulle acque*, Roma 1913.

Una marcada orientación hacia la demanialización de nuestro patri-

e) *Lagos*.—Demaniales del Estado, como las corrientes de agua, son también los lagos por razones de estricta analogía, siempre que satisfagan por razón de navegación o derivación de cursos de agua, por la pesca, etc., necesidades públicas.

f) *Puertos, muros, fosos, bastiones de plazas fuertes, fortalezas*.—Estas y, en general, todas las cosas destinadas a la defensa nacional, como los terrenos militares, constituyen el llamado *demanio* militar y pertenecen todas al *demanio* del Estado.

g) *Monumentos y colecciones artísticas*.—Si bien el art. 8.º del Reglamento de contabilidad del Estado incluye entre los bienes patrimoniales del mismo las colecciones artísticas y científicas, es opinión común que deben considerarse bienes *demaniales*, dado su destino a servir a la cultura nacional. Todos los monumentos, en general, obras de arte, museos, galerías, pinacotecas y bibliotecas, entran en la categoría de *demanio* artístico o cultural, pero los bienes en particular serán del *demanio* nacional, provincial o municipal, según la entidad a que pertenezcan. Una disciplina especial es dada por las leyes referentes a objetos artísticos procedentes de excavaciones (ley de 12 de Junio de 1902, núm. 185 y 20 de Junio de 1909, núm. 364) (1).

monio hidráulico, representa el Real decreto-ley de 9 de Octubre de 1919, número 2.161 que contiene disposiciones sobre derivación y utilización de aguas públicas, estableciendo además normas de jurisdicción y de procedimiento de lo contencioso sobre aguas públicas y ordena de nuevo la materia ya regulada por el Decreto-ley de 20 de Noviembre de 1916 y con los Reglamentos de 24 de Enero de 1917 y 12 de Febrero de 1919 que instituyeron el nuevo Tribunal de aguas públicas. La literatura sobre esta materia es abundante: Scialoja, *La legislazione sulle acque*, Roma 1916; Marracino y Conte, *Comm. alle nuove disposiz. legisl. sulle acque pubbliche*, Roma, 1917; Vassalli, *Premesse storiche all'interpr. della legge sulle acque pubbliche (Acque e trasporti)*, 1917, pág. 54 y siguientes); Ranelletti, *La demanialita delle acque (Riv. soc. comm., 1917)*; Presutti, *Le acque demaniali e i diritto quesiti (ib.)*; Cagli, *Il problema giur. delle acque pubbliche (Riv. Dir. comm., 1918, I, pág. 269)*; Bonfante, *Sulla nuova legge delle acque (ib. 1919, I, pág. 461 y siguientes)*; Vitale, *Il regime delle acque nel diritto pubblico e privato*, Milano, 1921.

(1) El concepto de demanialidad del subsuelo arqueológico no está completamente desarrollado en nuestra legislación, Mazatti, *La nuova legge sulle auhcchita e belle arti (Riv. Dir. comm., 1909, I, pág. 435 y siguientes)*; Rotondi en *Riv. Dir. civ.*, 1910, pág. 311 y siguientes.

h) *Edificios públicos*.—En conformidad con el concepto que más arriba hemos adoptado de la *demanialidad*, todos los edificios destinados a los servicios públicos deben considerarse *demaniales*, si bien su uso corresponda, no a los ciudadanos, sino a la autoridad pública directamente y para fines públicos. También aquí las declaraciones contrarias en el sentido de su patrimonialidad contenidas en el Reglamento sobre contabilidad del Estado, carecen de valor decisivo, mientras argumentos a favor de la demanialidad pueden sacarse de las disposiciones del Código civil en los artículos 556 y 572.

i) *Demanio de la Corona*.—Muy discutida es la naturaleza de los bienes que constituyen el patrimonio de la Corona, ya que excepción hecha de la lista civil, la cual indudablemente es propiedad privada del Rey, es discutible si los demás bienes asignados al Monarca, como villas, palacios, etc., sean de naturaleza *demanial* o patrimonial. También aquí la concepción lata de uso público nos induce a considerar que se trata de bienes *demaniales* del Estado, y no como otros quieren, de bienes patrimoniales indisponibles (1).

j) *Iglesias*.—También las iglesias consagradas al culto, en cuanto pertenecen al Estado, las Provincias y Municipios, forman parte del respectivo *demanio* nacional, provincial o municipal. Están excluidas las que pertenecen a los particulares o a determinadas instituciones eclesiásticas. Toda esta materia es muy controvertida y se enlaza con problemas gravísimos, como el de la comerciabilidad o in comerciabilidad de las iglesias y, en general, de los edificios destinados al culto, el de la condición jurídica de las iglesias, de los entes eclesiásticos suprimidos, el de la existencia o inexistencia de un *demanio* eclesiástico constituido por los bienes destinados al culto y pertenecientes a las instituciones eclesiásticas; problemas todos que no pueden ser aquí ni siquiera indicados (2).

(1) Ranelletti, *Natura giur. della dotazione della Corona* Foro it., 1893, I, pág. 822 y siguientes).

(2) Giorgi, *Della condiz. giur. delle cose destinate al culto divino*. Foro it., 1896, I, pág. 912; Ratto, *La comerciabilita delle chiese nel diritto italiano* (Legge, 1892, II, pág. 572 y siguientes); Dattino, *La comerciabilita*

k) *Aprovechamientos comunales*.—Finalmente, en un cierto respecto pueden considerarse como parte del *demanio* comunal los derechos de uso que los miembros de una comunidad y por o general los ciudadanos de un Municipio tienen sobre los bienes del Municipio mismo o también de propiedad privada para ejercitar en él los derechos de pastos, leñas, siembra, etc.; derechos que con denominación general se designan como aprovechamientos comunales, si bien sea variadísimo su contenido y variadísima también su naturaleza y extensión. La materia es de las más difíciles y complejas (1). La tendencia general de la legislación italiana, salvo algún momento de relativa pausa, es hacia la abolición de estos usos o servidumbres comunales que, reservando a comunidades rurales la facultad de recoger leña, de sembrar, de enviar sus ganados a los pastos, de vender la hierba, etc., impiden el libre desarrollo de la agricultura y el racional cultivo de los fundos. Se admitió que los Municipios o particulares propietarios de los bienes sujetos al aprovechamiento pudieran redimirlos de la carga cediendo una cantidad de tierra proporcional a la integridad del aprovechamiento comunal o conmutando éste por un canon anual que se debía pagar a los usuarios por los propietarios de los fundos así liberados.

Respondiendo a esta tendencia se dieron la ley de 15 de Agosto de 1867 y Reglamento de 1.º de Diciembre del mismo año para la abolición de las servidumbres de pastos y leñas en

delle chiese (*Dir. e giur.*, 1892, pág. 13 y siguientes); Olmo, *L'incommercibilità delle chiese* (*Riv. di Dir. eccl.*, 1891-92, pág. 143 y siguientes; Gabba, *Dell'alienabilità delle cose sacre* (*Quest. di Dir. civ.*, I, pág. 97 y siguientes); Scaduto, *Dir. eccl.*, II, núm. 291 y siguientes, Schiappoli, *Dir. eccl.*, número 438 y siguientes, pág. 494 y siguientes; Filomusi, *Dir. reali*, página 120 y siguientes; Coviello, *Man. I*, pág. 282 y siguientes.

(1) Una exposición sucinta pero profunda y aguda sobre el tema, puede leerse en Filomusi, *Dir. reali*, pág. 101 y siguientes; donde se indica la bibliografía más importante, pág. 110, núm. 1. Ver por último Raffaglio, *Diritti promiscui demani comunali ed usi civici*, 2.ª ed. Milano; Curis, *Usi civici, proprietà collettive e latifondi*, Napoli, 1917; Venezian, *Necessità e criteri di una legislaz. sugli usi civici per le varie regioni d'Italia* (Relaz. al VII Congr. giur., Roma, 1911); *Studi sui Dir. reali*, Roma, 1920 (Caps. I, IX, XI); Cencelli, *La proprietà collettiva in Italia*, Milano, 1920.

Piombino; la ley de 2 de Abril de 1882 y 24 de Mayo de 1896 aboliendo el derecho de herbaje en las provincias de Vicenza, Belluno, Udine; la ley de 26 de Junio de 1888 y la de 21 de Julio de 1891 unificadas ambas en el texto único de 3 de Agosto de 1891 y el relativo al Reglamento de 19 de Agosto de 1889, que suprimió las servidumbres de pastos, leñas, siembra, etc. en las provincias ex pontificias y otras. Pero por la resistencia de las poblaciones debió esta última suspenderse, lo que fué hecho con la ley de 8 de Marzo de 1908, que tenía carácter provisional.

Y en efecto; un Decreto-ley de 29 de Agosto de 1916 restableció la redención en cuanto fuera convenida entre los interesados. Más recientemente, un Real decreto ley de 22 de Mayo de 1924 reordenó orgánicamente toda la materia y, confirmando el principio de la redención, ha dictado nuevas normas para la determinación y liquidación general de los aprovechamientos y de cualquier otro derecho de mixto disfrute de las tierras correspondientes a los habitantes de un Municipio o de una fracción del mismo, y para la ordenación o arreglo de las tierras procedentes de la liquidación misma, así como de las demás poseídas por los Municipios, fracciones, comunidades, participaciones, Universidades y otras asociaciones agrarias (1) (2).

(1) Sentada la regla de que los derechos habientes de los aprovechamientos, deben en el término de dos años a contar desde la publicación de la ley, hacer la declaración al comisario regional bajo pena de caducidad y que todas las especies de aprovechamientos se clasifican en tres categorías (esenciales, útiles y dominicales) según que se refieran al aprovechamiento estrictamente personal necesario al mantenimiento de los ciudadanos, comprendan también una parte industrial o impliquen par-

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.- Concordancias con el derecho español. Ver artículos 1.271 (sólo pueden ser objeto de contrato las cosas comerciables), 1.936 (sólo son susceptibles de prescripción las cosas que están en el comercio de los hombres), 338 a 345 (sobre bienes de dominio público y privado), 610 (sobre *res nullius*). Ver leyes citadas de Obras públicas, Puertos y Ferrocarriles.

Ver art. 407 del Código civil español (sobre dominio de las aguas). Sobre régimen de bienes del Patrimonio Real, ver leyes de 12 de Mayo de 1865, 26 de Junio de 1876, 13 de Junio de 1878 y 13 de Julio de 1882.

CAPITULO VIII

La propiedad

§ 48.—*Noción y caracteres de la propiedad*

Brugi, Ist. § 35; Pacifici, Ist. III, 1, págs. 183-234; Chironi, Ist. I, § 127; Filomus, Dir. reali, §§ 40-44, 46-50; Zachariae, Man. I, § 166; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 190-192; Planiol, Traité I, número 2.322 y siguientes, 2.529 y siguientes; Windscheid. Pand. I; 2, §§ 167-168 (1).

De las relaciones jurídicas sobre las cosas, la más amplia y la más perfecta es el derecho de propiedad o dominio. Todos los demás derechos reales se distinguen de éste en que mientras en el dominio la cosa se halla sujeta en la totalidad de sus rela-

Participación en los frutos o en el dominio de un fundo, la ley de 22 de Mayo de 1924 fija las cuotas mínimas que deben asignarse a los usuarios en compensación a los derechos de las citadas categorías y substraee a la división (substituyendo la redención por canon anual) los terrenos que hayan sido substancial y permanentemente mejorados por los propietarios (art. 4). Autoriza la legitimación de las ocupaciones de tierras hechas diez años ha y la imposición a favor del propietario originario de un canon (artículos 7-8); fija la destinación de las tierras gravadas por aprovechamientos y la de las tierras procedentes de redención (art. 9) reordena el procedimiento de liquidación y redención creando comisarios regionales con funciones administrativas y judiciales (art. 25 y siguientes) que substituyen las Juntas de árbitros establecidas por leyes precedentes y deciden admitiéndose contra sus decisiones recurso ante la Corte de apelación.

(1) Pagenstecher, *Die röm. Lehre von Eigenthum*, 1857-59; Landoberg, *Die Glose des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*, Leipzig, 1883; Scialoja, *La proprietà (lezioni)*, Roma, 1901; Fadda, *Teoria della proprietà (leziones)*; Napoli, 1908; Bonfante, *Teoria della proprietà (lecciones)*; Pavia, 1911; Brugi, *Della proprietà*, Nápoles, 1918.

ciones a nuestro poder, en aquéllos la cosa está sujeta en algunas relaciones particulares; son, pues, parciales facultades jurídicas que recaen en cosa ajena (*iura in re aliena*) y que, aun cuando extendiéndose a varias relaciones, no implica nunca la plena y absoluta sujeción de la cosa a la persona, aun cuando la recuerden mucho, por la amplitud de las facultades concedidas al titular (enfiteusis). La clasificación general de los derechos reales contiene, por un lado, el derecho máximo: la propiedad; por otro, los derechos en cosa ajena, los cuales se agrupan en dos categorías distintas, los derechos reales de goce o disfrute (servidumbres personales, servidumbres prediales, superficie, enfiteusis) y los de garantía (hipoteca y prenda).

De dos modos puede ser concebido abstractamente el derecho de propiedad, según que se tome en consideración el poder que sobre la cosa es concedido al titular o bien la relación de pertenencia de la cosa a la persona. Expresa el concepto de poder o señorío el término técnico y más usual de las fuentes romanas: *dominium*; se acentúa el hecho de la pertenencia en el otro menos frecuente: *proprietas*. En torno a estos aspectos, según los cuales de una cosa que está sujeta totalmente a nuestro señorío se dice que nos pertenece, pueden ser agrupadas las varias definiciones que los escritores dan del derecho de propiedad. Las fuentes romanas (1) no ofrecen una definición; en cambio, muchas y variadas ofrecen los Códigos modernos, y mejor que definiciones pueden considerarse como descripciones del contenido de aquel derecho.

La dificultad mayor para definirlo consiste en su enorme amplitud, capaz de abrazar las más distintas facultades de uso y

(1) Es errónea la afirmación que a menudo se repite de una definición romana del dominio en la frase del fr. 4. D. 1. 5, *naturalis facultas eius quod cuique facere libet nisi si quid vi aut iure prohibeatur*, o en la l. 21. c. 4. 35, *nam suae quidaem quisque rei moderato atque arbiter*, ambas se refieren: la primera a la libertad, la segunda al mandato en virtud del cual el segundo gestiona el negocio ajeno. Sobre estos textos y la significación de *dominium* y sobre la crítica de las definiciones de la propiedad dadas por civilistas y romanistas, ver Scialoja, *La proprietà* (*Lecciones*, 1900-1901) pág. 103 y siguientes.

de disposición de la cosa sujeta al señorío; y también en la aptitud que tiene para comprimirse y reducirse en su contenido hasta quedar casi anulado como poder del dueño sin que, sin embargo, la compresión llegue a destruir totalmente el vínculo de pertenencia de la cosa a la persona.

En el primer aspecto hay que observar que el derecho de propiedad consta de una serie ilimitada de facultades, en virtud de las cuales el propietario, a la vez que puede excluir a todos los demás de toda ingerencia en la cosa, puede disponer de ésta del modo que quiera, destinándola al uso que más le agrade, sin otra limitación que la que derive del derecho objetivo o de la concurrencia de un derecho ajeno. Enumerar estas facultades no es posible, dada su ilimitación; y tropezaron por ello con un escollo insuperable las tentativas de las antiguas escuelas que se esforzaron en enumerarlas y catalogarlas. Están hoy olvidadas y se consideran falsas las doctrinas antiguas que definían el dominio, como el *ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi*, o más brevemente, como el derecho de usar y disponer de la cosa (en cuanto en el uso se considere contenido el *uti, frui, abuti*, en la disposición todo acto de enajenación y, en ambos, la protección legal de la *reivindicatio*); la propiedad no es suma de facultades, sino unidad de poderes conferidos al titular; no es una serie de facultades determinadas *a priori*, sino un señorío general del que forman parte todos los poderes imaginables y no son sino manifestaciones de su plenitud. Enumerarlas no es, pues, posible porque no es posible enunciar lo que el propietario pueda hacer, sino sólo lo que no puede hacer, ya sea que el límite le venga impuesto por las normas jurídicas, ya derive de la concurrencia de un derecho ajeno.

En el segundo aspecto, una o más facultades en concreto pueden ser subtraídas al propietario en una medida más o menos amplia o intensa, de modo que sus poderes se restrinjan tanto que queden reducidos casi a la nada y, sin embargo, que la propiedad subsista íntegra potencialmente por la virtud intrínseca de expansión que aquel señorío contiene y en virtud de la cual pueda volver a su normal y máximo contenido cuando

desaparezcan las limitaciones que exteriormente la comprimían. Substraen al propietario una serie de facultades las limitaciones legales de la propiedad y las servidumbres impuestas por la ley; las substraen también los vínculos libremente queridos, en virtud de los cuales poderes parciales del propietario se transfieren a otros (por ejemplo, usufructo, uso), o poderes contrarios que limitan los del propietario, surgen en otras personas (por ejemplo, *servitus altius non tollendi*); y pueden ser sólo algunos y parciales (como, por ejemplo, el derecho de uso en la servidumbre de uso, los distintos derechos de paso, de vistas, de luces en las servidumbres prediales) o múltiples y comprensivos del goce integral de la cosa (usufructo) o tan amplios e íntegros que absorban el contenido completo del dominio (enfiteusis). Se puede pasar, pues, por virtud de la compresión que le es impuesta exteriormente, de una propiedad ilimitada y absoluta sin más freno que las normas limitadoras dictadas (para este y para cualquiera otro derecho, incluso el de libertad) por el derecho objetivo, a una propiedad que no es tal en concreto sino de nombre, por estar todo su contenido, de goce o de disposición, atribuido a un tercero.

Dos caracteres fundamentales ofrece, pues, el dominio, de los cuales no se puede prescindir en su definición: la *abstracción* e *ilimitación* del derecho y su *elasticidad* que hace posibles en concreto facetas diversas de la relación conceptualmente única, y único es también en el actual sistema jurídico e tipo de propiedad; nuestro Derecho no reconoce varios tipos, como admitía el romano con sus dos especies de propiedad, la quiritaria y la pretoria, y aun una tercera, la de los peregrinos; ni han sobrevivido después de la ruina del feudalismo y destrucción del antiguo régimen aquellas diversas formas de propiedad servil y de propiedad señorial que originaban en los titulares obligaciones y servicios de la persona o surgían jurisdicciones de los señores y poderes soberanos o políticos y privilegios de toda clase a favor de los nobles, de los eclesiásticos, de los conventos, de las ciudades (1).

(1) Léanse para una síntesis del proceso histórico que condujo al ré-

Ahora bien; de las varias definiciones que de la propiedad se han dado (1), dos deben ser recordadas aquí por el gran valor científico de sus autores; dos eminentes maestros, civilista uno y romanista otro, ambos figuras cumbres de la ciencia del Derecho.

Pertenece la primera a Filomusi, según el cual «la propiedad es el señorío general e independiente de la persona sobre la cosa para los fines reconocidos por el derecho (ley) y dentro de los límites por él establecidos». Señorío es la *potestas* en su concepto técnico y es señorío *general*, es decir, unidad de poderes y no suma de facultades contraponiéndose a los señoríos particulares de los demás derechos reales en los cuales los poderes del titular están indicados por la ley; es señorío *independiente* porque no presupone derecho alguno, mientras es dependiente el señorío de los demás derechos reales que presuponen la propiedad en un tercero (2).

Pertenece la segunda a Scialoja (3), que define la propiedad como «una relación de derecho privado en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, está completamente sujeta a la voluntad de ésta en todo lo que no resulte prohibido por el derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno». Relación de derecho *privado*, para distinguirla de las que en el público corresponden al concepto de soberanía; relación de *pertenencia*, es decir, de vínculo de la cosa a la persona que en vía normal es pleno y absoluto y determina una sujeción completa de la cosa al sujeto, pero puede ser *limitado* por el Derecho público o por el privado, en este último caso por efecto de las facultades concedidas a otros y, sin embargo, aun atenua-

gimen moderno de la propiedad, las pocas pero bellísimas páginas de Brugi, *Ist.*, pág. 263 y siguientes; ver además Leicht, *Studi sulla proprietà fondiaria nel medio evo*, Padova, 1903.

(1) A más de Scialoja y Filomusi, *Dir. reali*, ver Piccinelli, *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi*, Firenze, 1886, ver Puntschart, *Die moderne Theorie des Privatrechts*, Wien, 1893, pág. 61 y siguientes.

(2) *Diritti reali*, pág. 131 y siguientes; *Enc. giur.*, pág. 118, núm. 1.

(3) *Op. cit.* pág. 134 y siguientes.

do y reducido al «mínimum», es siempre capaz virtualmente de la «máxima expansión» en cuanto cesen las limitaciones.

Preferimos esta última porque, sin olvidar el concepto de poder y de sujeción, acoge también el de pertenencia (olvidado en la definición de Filomusi) y pone de manifiesto con su carácter abstracto la capacidad indefinida de compresión y la fuerza intrínseca de expansión del dominio.

Si de la elaboración doctrinal pasamos a la legislación, hay que reconocer que imperfecta e inspirada en las antiguas concepciones es la definición que el Código da en su art. 436: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los Reglamentos». Derivada del Código francés (art. 544), se inspira como éste en la tradicional teoría que se basaba en la enumeración de facultades, asumiendo como índice de los demás los poderes de goce y de disposición; enuncia como carácter esencial lo absoluto del doble poder, añadiendo en seguida que tal carácter absoluto está templado por restricciones y limitaciones; indica de éstas sólo las impuestas por la ley, olvidando las que pueden derivar de la concurrencia de derechos ajenos, independientemente de las limitaciones legales. Más satisfactoria y más científica es la fórmula empleada por el Código alemán, § 903: «El propietario de una cosa puede, en cuanto la ley o los derechos de tercero no se opongan, comportarse a su antojo respecto a ella y excluir a los demás de toda ingerencia en la misma». Dos elementos fundamentales se evidencian aquí, que compendian todo el contenido del derecho de propiedad: por un lado, el poder positivo y universal de señorío, que autoriza al propietario a ejercitar en la cosa todas las facultades en cuanto no haya limitación por el derecho objetivo u obstáculo por el derecho de terceros; por otro, el poder que pudiera llamarse de exclusión o negativo que brota de la universalidad del señorío, por el cual el titular está facultado para excluir a todo otro del goce de la cosa.

Este concepto puede ser acogido en nuestro Derecho, que del mismo modo que garantiza la inviolabilidad del dominio (Estatuto, art. 29) asegura su exclusividad y protege su ejercicio

con la mayor amplitud. De tal amplitud deriva al propietario el derecho de apropiarse de los frutos de la cosa y lo que a ella se una natural o artificialmente (artículos 443, 444), así como cualquiera otra utilidad, consistente en el uso o en el goce o disfrute. También deriva el derecho que tiene el propietario del suelo a todo lo que se halle sobre o debajo de la superficie (art. 440). La facultad del titular de utilizarla para los fines propios, cediendo a otros su goce temporal o perpetuamente mediante un equivalente o gratuitamente arrendándola, vendiéndola o donándola, etc. Puesto que su voluntad es decisiva y soberana en el destino de la cosa y contenida en el poder dominical, también lo es la de destruirla y abandonarla, salvo las limitaciones que se derivan del respeto al derecho ajeno (ver art. 1.155). Del poder de exclusión se deriva el derecho que la ley le garantiza de rechazar a todo otro en el goce de la cosa; nadie puede ser constraído a ceder su propiedad o a permitir que otros usen de ella, si no es por causa de utilidad pública, legalmente reconocida y declarada y previo el pago de una justa indemnización (artículo 438). De aquí también la facultad del propietario de cercar su fundo, salvo los derechos de tercero y la de deslindarlo y obligando al vecino a fijar a expensas comunes los linderos (artículo 441) y la de rechazar toda intromisión, aun cuando no sea dañosa. Limitaciones puede establecer la ley, templando el carácter absoluto del dominio, que sólo abstractamente puede concebirse ilimitado. Cuando más se difunde el concepto de solidaridad social, tanto mayores son las restricciones y los vínculos a que—en interés general y para la utilización social de la riqueza—esté sometida. Cuales sean estas limitaciones en nuestro derecho, diremos muy pronto. Ahora hay que aludir, para completar la noción, a tres puntos que se enlazan con el objeto, la extensión del dominio y las discusiones a que dan lugar las disposiciones de los artículos 436, 437 y 440 del Código civil.

Objeto del derecho de propiedad son racionalmente las cosas corporales. Sin embargo, se habla de una propiedad literaria artística, industrial, cuyo objeto serían cosas incorpóreas o bienes inmateriales. A esto se refiere expresamente el art. 437, en el que se declara que las producciones del ingenio pertenecen a

sus autores, de lo cual parece que debía inferirse que la ley misma, extendiendo el concepto tradicional de la propiedad, haya considerado, no sólo las cosas corporales, sino también las incorporeales o inmateriales. Y éste es el parecer de muchos autores; para éstos el derecho de autor es un derecho de propiedad, y no obsta a tal configuración la concepción romanística, según la cual, objeto del dominio, eran solamente las cosas, que por estrecha ha sido abandonada. En nuestra opinión, sin embargo, no puede al derecho de autor aplicarse el concepto de derecho de propiedad. La obra artística, literaria, musical o representable, el descubrimiento científico, el invento industrial, todo producto del ingenio en suma, no se halla protegido, regulado por las normas que tutelan la propiedad en las cosas corporales; estas normas le son inaplicables; pertenecen, es cierto, a sus autores, pero tal pertenencia puede sólo, por analogía llamarse propiedad y no identificarse con ésta. Mejor es hablar de derechos sobre bienes inmateriales y sin rechazar las locuciones usuales de «propiedad literaria, industrial, artística», designar como derecho patrimonial de naturaleza real con sus particulares características que lo distinguen de los demás los derechos de autor (1).

La propiedad de un fundo lleva consigo la propiedad de cuanto se halle sobre y debajo del suelo. La amplia fórmula del art. 440 es quizás exagerada: «Quien tiene la propiedad del suelo tiene también la propiedad del espacio y de lo que está sobre o debajo de la superficie» y esto da lugar a grandes controversias doctrinales. Tal fórmula deriva de los antiguos aforismos medioevales que para expresar la ilimitada extensión del dominio del suelo, afirmaban enfáticamente: *qui dominus est soli; dominus est usque ad coelum et usque ad inferos*.

(1) Adviértase que la materia es discutidísima. Una exposición con indicación de las principales cuestiones y abundante literatura nacional y extranjera puede hallarse en Filomusi, *Enc. giur.*, § 56, pág. 143 y siguientes, el cual sostiene con argumentación sólida la tesis opuesta de que se trata de un derecho de propiedad, ver también Stolfi, *La proprietà intellettuale*, I, pág. 216 y siguientes; Piola Caselli, *Il diritto di autore*, página 72 y siguientes.

Prescindiendo ahora de la cuestión de si es posible un derecho de propiedad sobre el vuelo separado de la propiedad del suelo (de lo que se tratará más adelante al estudiar el derecho de superficie), dos cuestiones distintas plantea el articulado: si es posible concebir el espacio como objeto del dominio, y si existen límites y cuáles sean éstos a la propiedad de todo lo que está sobre el suelo y de todo lo que está debajo del mismo.

Que el espacio pueda ser objeto del dominio, se niega por muchos y no sin razón. El espacio en sí mismo no es apropiable y no puede ser objeto del dominio. El aire puede ser apropiado, pero sólo por partes limitadas circunscritas. Otros objetan que, del mismo modo que sobre el aire contenido en el espacio, es posible una delimitación y la consiguiente apropiación, así también es posible hacer del espacio aéreo por partes, objeto del dominio: en otros términos, admitiéndose una delimitación intelectual del espacio que está sobre el suelo en cuanto que lo circunscriben y limitan las líneas imaginariamente trazadas en planos perpendiculares, la propiedad puede recaer sobre un espacio aéreo abstraído con la delimitación a las *res communes omnium*, lo cual vendría a ser admitido por la ley misma cuando habla de «propiedad del espacio superestante». La verdad a nuestro parecer es que abstracción hecha de la determinación filosófica del espacio (su naturaleza es más bien de relación que de cosa) la frase es técnicamente impropia; ella no expresa sino el principio de que el propietario del suelo tiene el derecho de impedir toda intromisión por parte de terceros en cuanto que el espacio libre superestante le reporta utilidades de luces, aires, vista (1).

(1) Ver Pampaloni, *Dalla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo* (Arch. giur., XLVIII, 1892, pág. 32 y siguientes); Gabba, *Della proprietà usque ad sidera et inferos* (Quest. di Dir. civ., 2.^a ed., I, pág. 112 y siguientes); Simoncelli, *Dei diritti dell'enfiteuta e del conduttore* (Foro it., XXV, 1900, págs. 63-67); Scialoja, *Proprietá*, pág. 393; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 152 y siguientes); Venzi en Pacifici, Ist. III, pág. 238; Segré en *Foro it.*, 1893, 1, pág. 102; Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 740. La cuestión sobre propiedad del espacio aéreo y de las limitaciones relativas, ha asumido ahora una importancia nueva inesperada por la navegación aérea;

Este derecho de excluir toda intromisión en el espacio superestante, así como la facultad de ejercer el dominio sobre el subsuelo—y es esta la segunda cuestión de las indicadas—no se extiende indefinidamente a las más altas regiones del cielo ni a los más profundos estratos de la tierra. Límites hay a una y otra, porque, además de absurda una interpretación en sentido absoluto del art. 440, sería contraria a los fines mismos del Derecho y de la tutela jurídica. No se debe hablar aquí de límites legales que lo mismo que para el suelo y otros objetos de la propiedad, también para el subsuelo y el espacio aéreo establece la ley en interés general o privado, sino de los límites intrínsecos a estos dos especiales elementos.

El criterio guía en la determinación del límite, es el de la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo pueden

no sólo por las relaciones privadas e internas sino también y especialmente por la internacionales y públicas se siente la necesidad de una disciplina de la navegación por dirigibles y aeroplanos y su elaboración ha sido ya iniciada; ver Atti, del Congreso de Verona, 1910 y los de la conferencia internacional de París de 1910. La literatura jurídica en lo relativo a los problemas de derecho interno y de derecho internacional se enriquece cada día con nuevas aportaciones; ver Catellani, *Il diritto aéreo*. Torino, 1911; Blachère, *L'air voie de communication et le droit*, París, 1911, Hazeltine; *The Law of the air*, London, 1911; Gibbé, *Essai sur la navigation aeriennne en dr. internat.*, París, 1913; Marghieri, *Il regime tecnico giuridico degli aeromobili* (*Atti. R. Acc. Sc. mor. e politiche di Napoli*, vol XLVI; 1920); A Ambrosini, *Problemi fondamentali della legislaz. dell'aria* (*Boll. civ. giur. di Roma*, VIII, 1920). Durante la guerra, con Decreto-ley de 3 de Septiembre de 1914 fué rigurosamente prohibida la navegación aérea en el territorio del Estado, reservando la facultad a las aeronaves militares o que estuvieran al servicio del Gobierno. La prohibición fué abolida por el Decreto-ley de 27 de Noviembre de 1919, que derogó el precedente y dictó las primeras normas relativas a la navegación aérea. Sucesivamente luego de varias disposiciones encaminadas a completar la reglamentación jurídica de las aeronaves y de la navegación aérea apareció el Decreto-ley de 20 de Agosto de 1923 que, modificando un proyecto de ley presentado en la Cámara el 26 de Julio de 1921 ha disciplinado toda la materia; importantes son las normas relativas a la adquisición y traspaso de las aeronaves, transportes de mercancías y personas, daños y responsabilidades, choque de aeronaves, etc., véase Marghieri, *Man. diz. comm.*, 1923, II, que ha sido quien primero ha hecho la materia objeto de enseñanza universitaria.

ofrecer al propietario. El derecho de éste se extiende en altura y en profundidad, hasta donde le sea posible obtener una utilidad o disfrute y se extingue pasando de tal confín, porque faltaría un interés digno de tutela y, como vimos ya, el Derecho no otorga protección a tales intereses. Puede expresarse el concepto con una distinta formulación, afirmando que el derecho del propietario se extiende al espacio superestante y al subsuelo, pero no puede ser tan amplio que dé facultad para prohibir las intromisiones que se verifiquen a tal altura o a tal profundidad que no tengan ningún interés en impedir las (1).

Ello explica por qué no pueda prohibirse por el propietario que un aeroplano o un aeroplano atraviese la región aérea que hay sobre su fondo o se abra un tunel en la colina en que está su fondo. Pero conviene añadir que el criterio que por sí mismo es aplicable a las particulares contingencias de los casos prácticos, no debe, por regla general, entenderse caracterizado por las utilidades que al suelo o al goce de éste pueden reportar el subsuelo o el aire superestante. Toda utilidad independiente y sin nexo alguno con el disfrute del suelo, pero actual y concreta, no imaginaria o futura, merece ser protegida y constituirá, por tanto, el límite (2).

La tercera cuestión se refiere al abuso que alguien haga del propio derecho cuando ejerza las facultades del dominio, no por propia utilidad, sino con el fin únicamente de causar molestia a otros e implica en la interpretación del art. 436 la delimitación precisa del contenido del derecho de goce y disposición de la propia cosa que, según las palabras del legislador, es asegurado al propietario «del modo más absoluto», salvo solamente las limitaciones impuestas por la ley y por los reglamentos. ¿Deben

(1) Y esta es la fórmula del Código civil alemán adoptada en su § 905. La del Código suizo dice en el art. 667: «La propiedad del fondo se extiende superiormente en el espacio e inferiormente en la tierra hasta donde existe para el propietario un interés en ejercitarla».

(2) Ver a más de los escritos precedentemente citados: Porro, *La proprietà del sotto suolo* (Mon. Trib. 1888), Coviello, *Delle superficie* (*Arch. giur.*, XLIX, 1892, pág. 3 y siguientes); Lucci, *Il diritto sottosuolo*, Napoli, 1898; Gabba, *Quest. di Dir. civ.*, I, pág. 149.

considerarse protegidos por la ley y, por tanto, lícitos los actos realizados con este especial intento de perjudicar y molestar a otros, hallándose desprovistos de toda utilidad para quien los realiza?

La cuestión sobre la licitud o ilicitud de los *actos de emulación* (como se suelen designar en nuestra terminología usual) o de *chicane* (como se designan por los alemanes), puede plantearse, en general, para toda especie de derecho, en cuyo ejercicio se abuse al sólo fin de causar a los demás un daño o una molestia, sin proporcionar ventaja alguna al titular; pero tiene particular relieve en el derecho de propiedad y, sobre todo, en las relaciones de vecindad, donde más frecuentemente puede ocurrir que alguien ejercite las facultades inherentes al dominio para molestar o causar perjuicio al vecino. La doctrina está en tal respecto muy dividida (1), faltando en nuestra legislación (como

(1) Muchos son los que niegan la existencia de la prohibición pero quizás más son los que la afirman. Lo niega por ejemplo de un modo absoluto Scialoja, cuyos escritos fundamentales son: *Aemulatio* en *Enc. giur. Degli atti di ensulazione nel esercizio dei diritti* en *Foro it.*, 1878, pág. 481 y siguientes; *ib.*, 1879, pág. 119 y siguientes; *Del diritto degli atti emulatorii in materia di acque*, en *Legge*, 1879, pág. 235; *La proprietà*, pág. 269 y siguientes; y con el *Ihering Jahrb. f. die Dogm.*, VI, pág. 103 y siguientes; Bekker, *Pand. I*, § 22, pág. 69 y otros. Admiten su existencia Windscheid, *Pand. I*, § 121, pág. 475, núm. 3; Regelsberger, *Pand. I*, § 54, página 230; Baron, *Pand.* § 75, pág. 151; Dernburg, *Pand. I*, § 41, pág. 91; Filomusi, *Diritti reali*, pág. 176 y siguientes; Gianturco, *Sist. I*, § 62, página 344 y siguientes y otros muchos. La literatura sobre la materia puede hallarse en los escritos citados de Scialoja, Filomusi, *op. cit.*, pág. 177, número 2, 183, núm. 1 y en Venzi en *Pacifici*, *Ist. II*, pág. 552 y siguientes, *III, I*, pág. 304 en Fadda y Bensa en *Windscheid*, *Pand. I*, pág. 1.169 y siguientes. Ver también Huber, *Ueber den Rechtsmissbrauch*, 1910; Blümmer, *Die Lehre von boswilligen Rechtsmissbrauch (chicane)*, Berlín, 1900; Milone, *Sull'abuso doloso dei diritti (Atti R. Acc. Napoli XLIII, 1913, página 143 y siguientes*; Bonfante en *Scritti giur. vari II*, 774 y siguientes; Ermann en *Zeitscht. d. Sav. Stif.*, XXV, 1904, pág. 352 y siguientes; Brugli, *Animus aemulandi (Riv. Dir. comm., 1920, II, pág. 68)*.

En estos trabajos la cuestión es tratada separadamente con relación al derecho romano, al medioeval y común, al moderno y es superfluo advertir que es susceptible de soluciones diversas según el derecho en que es considerada. Se inclinan por la negativa de la prohibición en el campo

faltaba ya en el Derecho romano) una disposición expresa que prohibiera los actos de emulación, como hay en otros derechos (1).

Aquellos que sostienen la licitud del acto emuladorio, parten del concepto de que el dominio, confiriendo al titular la facultad de usar de la propia cosa del modo más absoluto, en tanto no se oponga una limitación autoriza también los actos realizados con intención dañosa. El principio general *qui iure suo utitur neminem laedit*, prohíbe el considerar como lesivo a la esfera ajena el acto realizado en el legítimo ejercicio de un derecho propio. La intención maligna de usar de una facultad sin más fin que perjudicar o molestar al vecino es reprobada por la moral, pero no puede ser castigada por el Derecho cuando la ley no establezca una limitación expresa. Y cuando ésta falta no es lícito averiguar la intención de quien obra, porque *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (2). Esta sería la razón fun-

del derecho romano en el que no sólo los textos no ofrecen argumento alguno en favor de la prohibición (salvo en materia de aguas en la que parece que excepcionalmente fué establecida), ver Perozzi, *Il diritto degli atti di circolazione e il regime giustiniano delle acque* en *Arch. giur.*, LIII, 1894, pág. 350 y siguientes; sino que el mismo carácter estrictamente individualista y de señorío absoluto del dominio excluye una tal limitación. En cuanto al reconocimiento de la prohibición en el derecho justiniano debido a influjos de la ética cristiana ver Riccobous, *Cristianesimo et diritto privato* en *Riv. Dir. civ.*, III, 1911, págs. 54-55. Hay que inclinarse por la afirmativa en nuestro derecho por las razones indicadas en el texto.

(1) Así por ejemplo una disposición explícita contenía ya el Código prusiano (I. 9. § 27) y la contienen hoy el Código civil alemán y el suizo. El primero declara con fórmula general que «el ejercicio de un derecho no es admitido si tiene por fin solamente el ocasionar daño a otro» (§ 226) y en otro lugar añade que «quien en modo contrario a las buenas costumbres cause a otro deliberadamente un daño, es responsable con relación a éste de la reparación del daño» (§ 826). En cuanto al segundo el artículo 2.º establece «cada uno está obligado a obrar según la buena fe, tanto en el ejercicio de los propios derechos como en el cumplimiento de las propias obligaciones. El abuso manifiesto del propio derecho no se halla protegido por la ley».

(2) Gayo, fr. 55. D. 50. 17; ver también Paulo, fr. 151. D. eod., *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*.

damental para no establecer tales prohibiciones; ya que de existir una prohibición expresa habría que considerar ilícitos sólo aquellos actos que hayan sido realizados por *chicane*, imponiéndose la necesidad de averiguar caso por caso si en un acto realizado en el ejercicio legítimo del derecho de dominio, ha habido intención de ejecutarlo al sólo fin de perjudicar con lo que se brindaría un campo ilimitado al arbitrio judicial, y la tutela que la ley concede al dominio, resultaría conmovida.

Nosotros creemos que más graves y decisivas son las razones contrarias. Prescindiendo del influjo que aun hoy puede ejercer la tradición del Derecho medioeval, en el que la doctrina de la prohibición de los actos emulorios se afirmó de un modo absoluto (no sin resultar excesivo en algunas aplicaciones concretas), y dejando por ahora los peligros a que pudiera dar lugar la averiguación de las intenciones—peligros que no han tenido las legislaciones más progresivas, como la suiza y la alemana, que han establecido la expresa prohibición de la *chicane*—, hay contra el principio *neminem laedit qui iure suo utitur* el principio que no quiere protegidas las malicias y perfidias, *malitiis non est indulgendum*. Y si éste no prevalece sobre aquél de modo que pueda decirse que lo venza, es cierto que sirve para neutralizarlo atenuando la afirmación demasiado absoluta del otro principio: *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*. Se debe partir del principio que el Derecho no concede su protección sino a actos humanos que tengan una cierta utilidad, y la utilidad, no el capricho de los hombres, es lo que se protege en el dominio. No se tiene en cuenta aquí solamente la inmoralidad de la *chicane*, de modo que pueda afirmarse que como acto solamente inmoral es reprobado por las normas éticas y no por las jurídicas; el concepto de la garantía es el decisivo en favor de la prohibición. Tiene la propiedad una función social porque satisface una exigencia humana, y en tanto la satisface es protegida por el derecho, garantizando al particular las más amplias facultades de uso, de disfrute y de disposición. El propietario puede incluso destruir su cosa, no porque el Derecho lo acuerde, sino porque el destino de la misma queda a su arbitrio; pero más allá de este destino negativo no puede llegarse, queriendo

un destino antisocial, empleando la cosa en daño de los demás. La propiedad moderna—lo repetimos con Filomusi—debe ejercitarse *civilmente*, según los fines del derecho, y no se obra, según éstos, cuando sin utilidad propia se ejerce el dominio con un fin dañoso.

El carácter absoluto de las facultades de goce y de disposición que nuestro legislador elevó a momento esencial, en la definición de la propiedad debe ser entendido, no en su más lata e hiperbólica acepción, sino con las racionales templanzas que el moderno concepto de la propiedad impone (1).

§ 49.—*Limitaciones de la Propiedad.*—A. *Limitaciones de interés público.*

Brugi, Ist. § 36; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 301; Chironi, Ist. I, § 151; Filomusi, Dir. reali, §§ 47-48; Zachariae, Man. I, 1, 167-169; Aubry et Rau, Cours. II, § 193; Planiol, Traité, núm. 2.362 y siguientes; núm. 2.438 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, § 169 (2).

Si una de las dificultades para definir el dominio consiste en que es más fácil decir qué cosas le están prohibidas al propieta-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concordancias con el derecho español.— Véase art. 348 del Código civil español (sobre definición legal de la propiedad), 353 (sobre dilatación de la propiedad) y 350 (sobre extensión del derecho del propietario a todo lo que se halle sobre o debajo de la superficie).

Artículo 1907 del Código civil español (sobre responsabilidad por daños producidos en un edificio por falta de reparaciones), 349 (sobre expropiación por causa de utilidad pública) y 388 (sobre derecho de cerrar las fincas rústicas).

V. Calvo Sotelo (José); «El abuso del Derecho», Victoriano Suárez. Madrid, 1917

(2) Sobre las materias estudiadas en este paragrafo y en el siguiente, ver Scialoja, *Alcune osservar. sui limiti del Dir. de proprietà* (Foro it., 1879, I, pág. 119); Cimbali, *La proprietà e i suoi limiti* (Arch. giur., XXIV, 1880, pág. 125 y siguientes); Bianchi, *I limiti legali della proprietà nel Dir. civ. it.*, Macerata, 1885; *Trattato delle servitu legali*, Lanciano, 1888; Degni, *I limiti del diritto di proprietà* (Filangiere, XXVI, 1901, pág. 721 y siguientes, 816 y siguientes); Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle servitu legali*, 5.^a ed., Firenze, 1902; Ferrini e Pulverenti, *Delle limitazioni della proprietà fundiaria e delle servitu prediali*, Napoli, 1909; Sacchi, *Trattato*

rio, que no las que puede hacer, es una necesidad imprescindible para mejor valuar el contenido del dominio ver cuáles son las limitaciones que al mismo impone la ley. Esto no puede hacerse de una manera completa, examinando solamente las normas del Código; más numerosas que las en él contenidas son las limitaciones varias y múltiples que derivan de las leyes de Derecho público, administrativas, financieras, militares, leyes generales para todo el Reino y Reglamentos municipales, costumbres locales, etc. No sería posible hacer un índice completo; debemos limitarnos a indicar las categorías fundamentales, advirtiéndole que, en general, el campo más extenso de las limitaciones legales es el de la propiedad inmobiliaria, en el cual la serie más o menos extensa de limitaciones es impuesta por la imposibilidad física de separar de un modo absoluto y hacer independiente de los predios contiguos el propio por la necesidad social de favorecer la agricultura y la industria, de no alterar el régimen de las aguas, de conservar los bosques, de no dejar que el ilimitado arbitrio del particular atente a la fuente primera de toda riqueza: la tierra.

De todas las limitaciones algunas se refieren al goce mismo de la cosa en cuanto que restringen la natural facultad de disfrute que, por regla general, corresponde al propietario; otras imponen gravámenes y cargas que una razón de utilidad social o una relación de vecindad exigen para la conciliación de las libertades individuales y del interés del particular con el universal; otras se refieren a la facultad de disposición o de enajenación, limitándolas o suprimiéndolas con respecto a ciertas cosas; otras afectan a todo el señorío del propietario hasta alcanzar el grado máximo de limitación, llegando hasta la expropiación misma del

teórico-práctico delle servitù prediali, Torino, 1902 y siguientes. En lo referente al derecho romano y al extranjero, recordamos Bonfante, *Scritti giur. varii*, II, pág. 926 y siguientes; Freund, *Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentums in röm. Rech.*, Berlín, 1883; Lusignani, *Le limitazioni della proprietà in diritto romano* (Filangieri, XXIII, 1898, página 497 y siguientes, 577 y siguientes); Hesse, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn*, Jena, 1880; Frantz, *Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen nach franz. badisch. und Reichsrecht*, 1887.

derecho de dominio. Clasificar bajo estos varios aspectos los límites legales no sería ni útil ni correcto científicamente. Más idóneo como criterio distintivo es el del interés, protegido a través de la limitación; algunas de las limitaciones se dan en interés público, otras en interés de los particulares; entre éstas tienen especial importancia las que derivan de las relaciones de vecindad entre los predios y que casi agotan la categoría.

Pero hay que hacer una advertencia sobre el criterio con el que el legislador ha recogido y sistematizado en el Código las varias figuras de limitación. Distinguiendo las servidumbres prediales, o sean las cargas impuestas sobre un fundo para uso y utilidad de otro perteneciente a distinto propietario (art. 531), en servidumbres establecidas por la ley y servidumbres establecidas en virtud de un hecho del hombre (art. 532), nuestro Código acoge bajo una denominación única de *servidumbres legales* una serie numerosa de disposiciones diversas (artículos 533 y 615), que no pueden ni agruparse todas en el concepto de servidumbres legales ni tampoco todas en el de limitaciones legales. Ante todo hay que excluir toda una categoría que, disciplinando el uso de los muros, de los edificios, de los fosos o zanjas comunes (artículos 545-569), se refieren a la doctrina del condominio y debieron por ello ser tratadas en lugar más adecuado; mal se puede hablar con respecto a ellas de servidumbres legales cuando no se trata de servicios que un fundo debe prestar a otro, sino de regulación de la copropiedad, como se verá más adelante. Otras expresan solamente atribuciones propias del dominio; las más se refieren a verdaderas limitaciones legales de la propiedad en cuanto que regulando el curso y uso de las aguas y de los manantiales (artículos 536-545), las distancias que deben observarse en las construcciones, en las plantaciones y excavaciones (artículos 570 a 572), luces y vistas de los fundos y de los edificios (artículos 583-590), el estilicidio (art. 591), implican restricciones a la facultad de goce del dominio y, por regla general, restricciones recíprocas entre los propietarios de los fundos contiguos, pero no crean aquel vínculo real de sujeción de un fundo a otro por el cual en las servidumbres la prestación es unilateralmente debida por el predio sirviente al domi-

nante. Son entonces vínculos de naturaleza obligatoria, merced a los cuales se constituye el derecho de un tercero a una determinada acción frente al poseedor del fundo, y con esto se manifiesta el carácter fundamental de la servidumbre, su naturaleza de derecho real. Verdaderas servidumbres que se diferencian de las demás por el hecho de reconocer su título en la ley, hay pocas: el de toma de aguas (art. 542), el derecho de paso forzoso (artículos 592-593), el de acueducto forzoso (art. 598) y el de desagüe forzoso (art. 606). La tendencia más moderna consiste en su agrupación en el concepto de limitaciones legales y construyendo, con una amplia acepción de la relación de vecindad, un derecho de vecindad que comprenda las varias figuras de limitaciones y servidumbres legales verdaderas y propias; éstas y las otras normas anteriormente recordadas pueden agruparse todas en la categoría de limitaciones establecidas en interés privado.

Las limitaciones en interés público son muy diversas. Entre ellas se comprenden también aquellas que, según su concepción, el Código enumera entre las servidumbres establecidas por la ley cuando declara que tienen por objeto la utilidad pública o la privada (art. 533), y añade que las establecidas por la utilidad pública se refieren al curso de las aguas, a los andenes a lo largo de los ríos navegables o aptos para el transporte, construcción o reparación de carreteras y caminos y obras públicas (art. 534). Entre los más característicos de los límites puestos en interés público se deben recordar los siguientes:

a) *Expropiación por causa de utilidad pública.*—Es entre todas la más enérgica limitación. El Estatuto establece como base de la ordenación jurídica la inviolabilidad de la propiedad; cuando el interés público esté en conflicto con el derecho del particular y exija que por una utilidad pública reconocida y declarada con las formas legales la cosa sea sustraída al dominio del particular, debe éste ceder a aquél. Pero el derecho de expropiación que al Estado corresponde no significa que al particular no corresponda también una justa indemnización (Estatuto, art. 29; Código civil, art. 438). puede recaer en cosas inmuebles y muebles, si bien, por regla general, no se extienda a éstas (1),

(1) Durante la reciente guerra han sido varias las disposiciones que

y está subordinado a las condiciones rigurosamente fijadas por las leyes especiales en interés y protección del particular (1).

b) *Requisiciones militares*.—Un caso particular de sacrificio de la propiedad privada al bien público es el de las requisiciones militares, que por necesidades de la fuerza armada y de la defensa del Estado pueden llevar de la simple y momentánea ocupación del inmueble o del simple uso de la cosa mueble a su expropiación definitiva y total.

Ya conocido en la legislación ordinaria, aunque moderadamente aplicado (2), tuvo un amplísimo e intenso desarrollo durante la última guerra, en la que, dada la gravedad del conflicto y el empeño en la lucha de todas las fuerzas económicas, se recurrió a la requisición de las cosas más variadas: inmuebles, na-

han sometido a la expropiación cosas y derechos mobiliarios; así por ejemplo el Real decreto de 28 de Enero de 1915 y el Decreto-ley de 19 de Marzo de 1916 y el del 14 de Abril de 1918 han permitido al Estado expropiar los derechos de monopolio industrial en interés de los servicios públicos o de las exigencias militares.

(1) Las principales disposiciones están contenidas en la ley de 25 de Junio de 1865, modificada por la de 18 de Diciembre de 1879 que se refiere a los inmuebles. Importante también es la ley de 15 de Enero de 1885 para la higienización de la ciudad de Nápoles. Para la literatura, ver Sabbatini, *Comm. alle leggi sulla esprop. per pubbl. utilità*, 3.^a edición, Torino, 1914, 1915. Sobre la existencia de una limitación análoga en derecho romano negada por algunos erróneamente, ver Scialoja, *La proprietà*, página 162 y siguientes; Bonfante, *Teoria della proprietà*, pág. 76 y siguientes; Pacchioni, *Corso dir. rom.* II, pág. 308. En la Edad Media se admitió un derecho de expropiación a favor de los particulares, pero en interés del cultivo ver Famassi, *Il diritto di prelazione e l'esprop. forzata* (*Arch. giur.*, XXXV, 1885, pág. 3.251 y siguientes); Lattes, *Le ingrossazioni nei doc. parmensi* (*Arch. St. prov. parm.*, XIV, 1914).

(2) Ver el Real decreto de 24 de Diciembre de 1860 y la ley de 4 de Agosto de 1861 sobre los suministros de los municipios a las tropas; la ley de 22 de Junio de 1913 sobre requisa de cuadrúpedos y vehículos para el Ejército en sustitución de la antigua ley de 30 de Junio de 1889. Se puede recordar también con carácter más general en cuanto afecta a las autoridades civiles, municipales y provinciales, el art. 7 de la ley de 20 de Marzo de 1865 sobre el contencioso-administrativo que da a las autoridades el derecho de privar al particular de la posesión de sus cosas cuando graves necesidades públicas lo exijan.

ves, ganado, subsistencias, materias primeras de industrias de guerra, incluso fábricas y establecimientos industriales completos (1).

c) *Aguas públicas*.—Para la defensa de los cursos de agua y utilización de ríos y canales navegables o flotables se impone una limitación a los propietarios ribereños, la llamada de *camino de sirga* o de andén o defensa por la cual los propietarios deben dejar a lo largo del río o canal una zona libre de obstáculos de cinco metros de anchura, cuando no se ordene diversa medida por los reglamentos o costumbres (Código civil, art. 534) ley de 20 de Marzo de 1865 sobre Obras públicas, art. 144) (2).

d) *Conservación de caminos y carreteras*.—La necesidad pública de conservación y manutención de carreteras impone una serie de limitaciones y obligaciones a cargo de los propietarios de predios contiguos a ellas, como son construcción y reparación de muros y sostenes a lo largo del camino, conservación de las obras para evitar derrumbamientos, etc, (ley de 20 de Marzo de 1865, artículos 36, 60 y siguientes).

e) *Bosques*.—Está prohibida la supresión de los bosques en tierras sujetas a vínculo forestal e impuesta multitud de limitaciones a terrenos montañosos y forestales (ley de 20 de Junio

(1) Son numerosísimos los decretos emanados durante la guerra: entre los principales el Real decreto de 22 de Abril de 1915 sobre requisiciones para el Ejército y la Marina; Real decreto de 26 de Junio de 1915 sobre el abastecimiento del Ejército; Real decreto de 30 de Octubre de 1915 sobre el modo de calcular la indemnización debida al particular; Decreto-ley de 21 de Noviembre de 1915 sobre procedimiento de recursos y acciones en materia de requisición; Decreto-ley de 29 de Agosto de 1915 y 6 de Abril de 1917 sobre la obligatoriedad de los precios de adquisición; Decreto-ley de 26 de Abril de 1917 sobre competencia judicial. Toda la serie ulterior de decretos concierne a las diferentes cosas objeto de la requisición (inmuebles, carbones, metales, animales, heno, grano, cereales, etc. Hasta de requisiciones de hombres se habla en un Decreto; ver Conti, *Natura giur. delle requisizioni militari*, Roma, 1916; Frasca, *Espropriazione e requisizione in tempo di guerra*, Roma, 1917; Trentin, *Concetto, natura e limiti del Dir. di requisizione (Dir. comm., XXVII, página 827 y siguientes.*

(2) Ver una limitación análoga en derecho romano, § 4, Inst. 2. 1.; r. 5. D. 1. 8.

de 1887 y el Real decreto de 30 de Diciembre de 1923, que ha derogado las numerosas leyes forestales y establecido nuevas obligaciones).

f) *Saneamientos*.—Los propietarios están sujetos a restricciones varias cuando deban realizarse obras de saneamiento en terrenos palúdicos y desecación de pantanosos (leyes de 25 de Junio de 1872 y 4 de Julio de 1886 y ahora texto único de 22 de Marzo de 1900, sobre consorcios obligatorios de saneamiento, texto único de 10 de Noviembre de 1905 y ley de 17 de Julio de 1910 sobre saneamiento de la campiña romana).

g) *Minas*.—El propietario puede hacer en el subsuelo las construcciones y excavaciones, así como extraer todos los productos posibles; pero el art. 447 del Código civil, que le otorga este derecho, establece como limitaciones las contenidas en las leyes de Minería y en las de Policía (ver art. 431). La limitación más importante es la facultad reconocida al Estado de hacer concesiones para la explotación de las minas independientemente de la actuación del propietario del suelo, o cuando por la inactividad de éste se manifiesta que no quiere explotarlas, como ocurre según la ley napolitana de 17 de Octubre de 1826 (1).

(1) Adviértase que el régimen de minas no es igual en todo el territorio del reino, en el cual rigen aún la antigua legislación de los ex Estados inspirados en conceptos diversos según que se considere propietario de las minas el Estado o el particular. Para el territorio del antiguo reino sardo, rige la ley de 20 de Noviembre de 1859; para el de Veneto y Mantua la ley austriaca de 23 de Mayo de 1854; para el ducado de Parma y Plasencia el Decreto de 21 de Junio de 1852; para el de Módena la ley napoleónica de 9 de Agosto de 1808; para el reino de las dos Sicilias la ley borbónica de 17 de Octubre de 1826. Para más amplias noticias ver Filomusi, *Dir. reali*, pág. 167 y siguientes y en Giampietro, *Codice minero it.*, Roma, 1918; *Per l'unific. a riforma del Dir. miner. it.*, Roma, 1919. Para el régimen en derecho romano ver l. 3. 6. c. 11. 7. 6); fr. 13. § 1. D. 8. 4; Misponlet, *Le regime des mines a l'epoque rom.*, París, 1908. Legislación común a todo el reino es la de la ley de 30 de Marzo de 1893, y Reglamento de 1.º de Enero de 1907 que se refieren a la policía de las minas, canteras y hornegueras y la ley de 2 de Julio de 1896 relativa a expropiaciones y consorcios mineros. Nuevas normas para la busca de depósitos de combustibles y para un más intenso aprovechamiento de las minas de lignito, hornagueras, etc., se han dado durante la guerra con los

h) *Limitaciones edilicias.*—La obligación de alinear los edificios de las calles, el someterse en la edificación a ciertas reglas estéticas, la prohibición de edificar a más de cierta altura, la prohibición de demoler o construir y otras múltiples limitaciones se imponen a los propietarios de edificios y de los solares por los Reglamentos edilicios municipales.

i) *Servidumbres militares.*—Carácter especial tienen las prohibiciones que, por razón de la defensa nacional, conciernen a la propiedad limítrofe a fortalezas y plazas fuertes, en cuanto están prohibidas construcciones y excavaciones dentro de un cierto radio de las mismas (texto único de 16 de Mayo de 1900 y Reglamento de 11 de Enero de 1901).

j) *Higiene y seguridad.*—En garantía de la salud pública y protección de los ciudadanos están prohibidas (si no se observan normas particulares rigurosas) las construcciones de fábricas peligrosas y prohibido el libre comercio de armas (ley de 30 de Junio de 1889 sobre seguridad pública), venenos y sustancias adulteradas (texto único de la ley de 1.º de Agosto de 1907) y productos explosivos (texto único de 2 de Marzo de 1902).

k) *Comunicaciones aéreas y transmisión de fuerzas.*—Para asegurar las comunicaciones telegráficas y telefónicas y las transmisiones a distancia de las corrientes eléctricas, se conceden al Estado, a los Municipios y a los concesionarios los derechos de fijar y apoyar sostenes de hilos en el suelo y en los edificios privados (ley de 7 de Abril de 1892, núm. 184; ley de 7 de Junio de 1894, núm. 232, y Reglamento de 25 de Octubre de 1895, núm. 642, así como el Real decreto-ley de 17 de Diciembre de 1922, núm. 1.723, que modifica el art. 8.º de la ley de 7 de Junio de 1894 (1).

Decretos-leyes de 7 de Enero de 1917, núm. 35; 22 de Febrero de 1917, número 261; 26 de Abril de 1917, núm. 696; 24 de Febrero de 1918, número 284; 27 de Marzo de 1919, núm. 454, que han afirmado o robustecido el derecho del Estado contra la inercia del propietario que deja improductivo el subsuelo (ver Giampietro, *La legislazione di guerra sulle miniere*, Roma 1919).

(1) Es notable cómo la ley de 7 de Junio de 1894 referente a las transmisiones a distancia de corrientes eléctricas, reproduce casi literalmente

m) *Monopolios*.—Por otro motivo de naturaleza fiscal se establecen prohibiciones relativas a los géneros de «privativa» o monopolio, como el del cultivo y fabricación del tabaco, extracción de la sal de las aguas del mar, manantiales salinos y minas (ley de 15 de Junio de 1865, núm. 2.397).

n) *Antigüedades y bellas artes*.—Protegen, por el contrario, los altos intereses de la cultura, del arte, de la historia nacional, las limitaciones que afectan a los propietarios de objetos de arte y antigüedades o poseedores de fundos en que se hallan ocultas o manifiestas obras de arte, objetos antiguos, ruinas o monumentos de pasadas civilizaciones, las obligaciones a que están sujetos en las enajenaciones, restricciones que les son impuestas en las excavaciones, en la conservación de monumentos, en la adquisición de hallazgos (ley de 12 de Junio de 1902, número 185; ley de 20 de Junio de 1909, núm. 364).

o) También aquí quizás es procedente incluir, por la gran importancia social y pública que tiene todo el régimen de aguas, muchas de las limitaciones relativas al uso de éstas, sobre todo las referentes a la conducción y desagüe, toma de aguas, no desviabilidad de los manantiales. Pero como el separar netamente las disposiciones en los dos campos, limitaciones en interés público y en interés privado, no es fácil, preferimos tratar de esto en el segundo grupo de limitaciones, habida cuenta de

los artículos 598 al 604 del Código civil relativos a la conducción de las aguas; leves modificaciones se introducen por la diversa naturaleza de la materia. Este sistema de la técnica legislativa merece en nuestra opinión alabanza y debiera adoptarse con mayor amplitud (cuando lo consienta la afinidad de las materias; cierto que el emplear para una materia nueva fórmulas idénticas a las de una ley antigua ya experimentada con la interpretación jurisprudencial y doctrinal es muy útil porque hace posible trasportar a la nueva relación los resultados todos que en la elaboración del foro y de la doctrina ha producido la norma antigua y desde el punto de vista práctico su mayor ventaja consiste en eludir toda una serie de dudas y contestaciones judiciales. Ver sobre la construcción jurídica de la institución, De Ruggiero, *La cosiddetta servitu di elettrodotto e l'azione di manutenzione* (*Riv. aiz. comm.*, 1916, II, pág. 745 y siguientes) y además Pellizzi, *I limiti della servitu di elettrodotto* (*ib.*, 1918, I, pág. 253 y siguientes).

que en éste lo incluye también el art. 545 del Código civil.

A las citadas limitaciones y otras que las leyes especiales han venido introduciendo se deben añadir las numerosas y más intensas que durante la guerra europea han sido impuestas a la propiedad en atención a los fines supremos de la defensa del Estado, para asegurar el aprovisionamiento del Ejército y de la población, para impedir el aprovisionamiento del enemigo, etc. Son muchos los Decretos lugartenenciales dictados desde 1914 a 1919 que impusieron limitaciones a la propiedad inmobiliaria y mobiliaria, que prohibieron el comercio de mercancías, de materias primeras, de instrumentos; que prohibieron la exportación de muchos objetos, que prohibieron la tala de árboles, la matanza de terneros, y, en suma, que restringieron la libertad de acción que el Derecho común asegura al propietario (1). Notables son también, desde el punto de vista jurídico, ciertas disposiciones con las cuales no se limita simplemente con una prohibición y, por tanto, de modo negativo esta libertad, sino que se impone al propietario una cierta actuación por mandatos positivos que, implicando un *facere*, trascienden de la esfera del derecho de propiedad e invaden la de la libertad personal. Así, por ejemplo, cuando se impuso a los establecimientos industriales la obligación de intensificar la producción o de hacer transformaciones en sus instalaciones (2), se disciplinó la movilización

(1) Ver por ejemplo el Real decreto de 1.º de Agosto de 1914, número 758; Real decreto de 6 de Agosto de 1914, núm. 790; Real decreto de 28 de Octubre de 1914, núm. 1.186; Real decreto de 23 de Marzo de 1915, núm. 297, etc., para las prohibiciones de exportación; Decreto-ley de 25 de Noviembre de 1917, núm. 1900, para la prohibición de cesión de créditos y exportación de valores al extranjero; Decreto-ley de 6 de Agosto de 1916, núm. 1.029 y Decreto-ley de 21 de Febrero de 1918, número 360 prohibiendo la tala de olivos; Decretos-leyes de 23 y 30 de Marzo de 1916, núms. 354, 370 que prohíben la contratación sobre trozos de metales que limitan la venta del acero, hierro y otros metales.

(2) Ver Real decreto de 26 de Junio de 1915, núm. 993 que impuso el aumento de potencialidad de las instalaciones para subvenir a la producción de municiones y otros materiales bélicos; Decreto-ley de 31 de Octubre de 1915, núm. 1.677 que obligó a las fábricas de gas del alumbrado hacer transformaciones para producir benzol y folnol; Decreto-ley de 13 de Febrero de 1916, núm. 151, etc.

industrial y se ordenó a los propietarios y arrendatarios de terrenos de siembra abandonados el cultivarlos o aumentar las superficies destinadas a cultivos de frutos alimenticios (1), o se obligó a los propietarios y poseedores de fundos a soportar las labores de investigación de minas y turberas y la explotación de éstas por los concesionarios autorizados por el Estado cuando aquéllos no las explotasen (2), o se impusieron limitaciones en los dividendos de sociedades mercantiles, etc. (3), (4).

§ 50.—B. *Limitaciones en interés privado y derecho de vecindad.*

Brugi, Ist. § 36; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 308, III, 2, pág. 170; Chironi, Ist. I, §§ 152-159; Filomusi, Dir. reali, § 49; Zachariae, Man. I, §§ 170-180; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 194-200, III, §§ 230-246; Planiol, Traité, I, núm. 2.366 y siguientes; Windscheid, Pand. 1, 2, § 169.

Múltiples son como las precedentes las limitaciones impuestas a la propiedad en interés privado y para las relaciones de buena vecindad. Diversos son los criterios de los autores para la clasificación y enumeración de las mismas; algunas son excluidas de la categoría de las limitaciones para ser consideradas como servidumbres legales o como atributos de la propiedad. Lo cual se explica fácilmente si se piensa que una misma dispo-

(1) Ver Decreto-ley de 10 de Mayo de 1917, núm. 788 y Decreto-ley de 4 de Octubre de 1917, núm. 1.614; 14 de Febrero de 1918, núm. 147; Decreto-ley de 2 de Septiembre de 1919, núm. 1.633; Decreto-ley de 22 de Abril de 1920, núm. 515; Real decreto de 8 de Octubre de 1920, número 1.465.

(2) Ver Decreto-ley de 7 de Enero de 1917, núm. 35 para la explotación de las minas y Decreto-ley de 24 de Febrero de 1918, núm. 284 referente a los combustibles nacionales así como el Decreto-ley de 27 de Marzo de 1919, núm. 454 referente a instalaciones que consumen combustibles fósiles nacionales.

(3) Ver Decreto-ley de 7 de Febrero de 1916, núm. 123; 3 de Septiembre de 1916, núm. 1.108.

(4) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concordancias. La servidumbre predial —*praedius inhaerent*— está definida en el art. 530 del Código civil español. Según se establezcan por virtud de la ley o por la voluntad de los

sición puede aparecer como limitación de la propiedad o como una determinación del contenido positivo de las facultades del

particulares, el Código las divide en legales y voluntarias (art. 536); las servidumbres legales están reguladas en el cap. II, tít. VII, lib. II, y las voluntarias en el cap. III del título y libro citados; artículos 549 a 593 y 594 a 605, respectivamente.

Las legales tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares (art. 549). Las establecidas por razón de utilidad pública están sometidas a un régimen administrativo (art. 550). Las que impone la ley en interés de los particulares o por causa de utilidad privada se rigen por las disposiciones del Código sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural (art. 551).

Divide la materia de servidumbres legales en las secciones siguientes: Servidumbres en materia de aguas. Servidumbre de paso. Servidumbre de medianería. Servidumbres de luces y vistas. Desagüe de los edificios. De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Comprende en el primer grupo las siguientes:

1.^a La que sujeta a los predios inferiores a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso (art. 552). Esta servidumbre se llama natural en la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 y los Códigos extranjeros— el italiano en el art. 536 que se cita en el texto —la llaman servidumbre derivada de la situación de los lugares. Mejor que una servidumbre es la consagración que hace la ley de un estado de hecho

2.^a La de uso público de las riberas de los ríos en interés general de la navegación, flotación, pesca, salvamento y camino de sirga (artículos 553 del Código civil y 35, 36, 69 a 74, 112 y siguientes y 226 de la ley de Aguas y 7 al 10 de la de Puertos).

3.^a Servidumbre de estribo de presa para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas (art. 554 del Código civil y 192 y siguientes de la ley de Aguas).

4.^a Servidumbres de saca de agua y abrevadero en favor de alguna población o caserío (art. 555 del Código civil y 107 y siguientes de la ley de Aguas).

5.^a Servidumbre de acueducto (art. 557 del Código civil; el art. 77 de la ley de Aguas cuando éstas se destinan a fines privados exige determinadas condiciones).

6.^a La servidumbre de parada o partidor (artículos 562 del Código civil y 105 y siguientes de la ley de Aguas).

La *servidumbre de paso*, como las demás estudiadas en las secciones citadas, la impone también la ley, pero tiene por objeto el interés de los particulares. Existe una servidumbre de paso transitoria y temporal para construir o reparar algún edificio, pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra (art. 569 ¿se refiere a obras necesarias o también a las de mero lujo?) y otra con carácter estable que tiene lugar cuando existe una finca o heredad enclavada entre otras pertenecientes a distinto dueño; el propietario de la primera tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización. Esta servidumbre puede consistir en una vía permanente siendo de uso continuo para todas las necesidades del predio do-

dominio, según el aspecto en que venga considerada (1). Las servidumbres legales mismas funcionan como limitaciones, y hay limitaciones que la ley enumera entre las servidumbres legales y

minante, o simplemente en el paso necesario y discontinuo para el cultivo y extracción de cosechas de la finca enclavada entre otras (art. 564). En el primer caso, el propietario del predio sirviente tiene derecho a una indemnización consistente en el valor del terreno ocupado por el paso, más el importe de los perjuicios que se causen en su predio; en el segundo, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen. Servidumbre fundada en la necesidad, se constituirá en el lugar menos perjudicial (art. 565; la necesidad es cuestión de hecho que las partes apreciarán y en su caso los Tribunales con informe pericial. Con esto desaparece la distinción romana de *iter, actus y vía*. En esta sección se ocupa también de las servidumbres de paso para ganados: cañada, cordel, vereda, abrevadero, descansadero y majada (art. 570 modificado por Real decreto de 13 de Agosto de 1892, aclarado por Real decreto de 20 de Abril de 1903).

La *servidumbre de medianería* se rige por las disposiciones del Código civil y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en él (art. 571).

Se presume, con presunción *juris tantum*, en los casos del art. 572: paredes divisorias de edificios y jardines o corrales, cercas, vallados y setos vivos que dividan los predios rústicos.

Son signos contrarios a la existencia de esta servidumbre que destruyen aquella presunción y dan base a la de inexistencia los enumerados en el art. 573 del Código.

Las servidumbres de *luces y vistas* (*jus luminum* y *jus prospectus*) autorizan a su titular para tomar luz la primera y luz y derecho de vista la segunda del o sobre el predio ajeno.

El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras, o inmediatos a los techos y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre (art. 581).

Vistas rectas u oblicuas con voladizos (art. 582). Distancias (art. 583).

Desagüe de los edificios, (*estillicidi, vel, fluminis avertendi*). El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el pro-

(1) Así por ejemplo la comunidad forzosa de pared a que se refiere el art. 570, la norma es que quien quiere construir una casa o una cerca puede hacerlo en los límites de su propiedad, salvo siempre la facultad del vecino de hacer la pared común. Considerada siempre desde el punto de vista del propietario vecino, la norma contiene la determinación de una facultad positiva del dominio; desde el punto de vista del que ha construido la pared o cerca, contiene, por el contrario, una limitación legal en cuanto que le impone una comunidad forzosa de la pared o cerca-límite.

no imponen una verdadera servidumbre (1). Las que aquí se enuncian se refieren a las servidumbres legales y constituyen el grupo más importante las limitaciones que derivan de la relación de vecindad. Difícil es, sin embargo, sentar un criterio general que reduzca a unidad de principios las limitaciones de vecindad. Y más difícil aún establecer un principio general que, fuera de las limitaciones expresamente contenidas en la ley, determine los límites del poder dominical en las relaciones de vecindad, siendo de gran importancia teórica y práctica el indagarlo para resolver la grave cuestión de si a los límites que la ley establece con disposición expresa puedan añadirse otras (2).

pio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo (art. 586). Aquí no hay servidumbre, solo una limitación del dominio. En el art. 587 se regula la servidumbre voluntaria de desagüe. En el art. 588 es donde verdaderamente se establece una servidumbre legal de desagüe; cuando el corral o patio de una casa se halle enclavado entre otros y no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él se recojan, *podrá exigirse* el establecimiento de la servidumbre de desagüe dando paso a las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

En este artículo no tiene cabida la servidumbre de cloaca.

Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Sobre zona militar terrestre ver art. 589, art. 10, tít. II de las Ordenanzas militares, Reglamento de 10 de Mayo de 1881 para aplicación al Ramo de Guerra de la ley de Expropiación y Reales órdenes de 16 de Septiembre de 1856, 7 de Agosto de 1871 y 2 de Octubre de 1873 sobre construcciones en las zonas militares, Real decreto de 26 de Febrero de 1913.

Sobre distancias para construir cerca de pared ajena o medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas etc., art. 590; y sobre distancias en la plantación de árboles, artículos 591 a 593.

(1) Antes lo contrario, como ocurre por ejemplo en el art. 591 que se refiere al estilicidio; se dispone que todo propietario debe construir sus tejados de modo que las aguas pluviales viertan en su propio terreno o en una calle y no en el fundo vecino. La norma contiene, pues, una prohibición: la de verter las aguas en el fundo ajeno y no contiene imposición de servidumbre alguna.

(2) Un principio único busca Jorge Vadalá, *I rapporti di vicinato* Torino, 1900, y lo halla en el de la responsabilidad sin culpa expresando su teoría con la fórmula: «en las relaciones de vecindad se puede ser responsable aun en el caso de que se ejercite un derecho».

Se debe partir del hecho de que, puesto que entre dos propiedades contiguas la misma vecindad crea conflictos, es una exigencia social el establecer limitaciones recíprocas en el ejercicio de las facultades correspondientes a cada uno de los propietarios; no es posible el ejercicio del dominio de los fundos contiguos pertenecientes a propietarios diversos sin que uno invada la esfera del otro, y por esto la ley debe imponer restricciones y delimitaciones para que tales intromisiones estén contenidas en la medida que exige el respeto debido a la propiedad del vecino.

A conciliar los derechos de uno y otro tienden, pues, las prohibiciones de hacer en el propio fundo impuestas a uno por el respeto debido a los derechos del vecino y las obligaciones de sufrir algo en el propio fundo impuestas al vecino. Pero, ¿hay otras limitaciones a más de las contenidas en la ley? Un principio limitativo de la libertad de acción que el propietario tiene respecto a su cosa, es dado (al menos para quien reconoce su existencia en el derecho nuestro) por la prohibición de los actos de emulación de que antes hemos tratado. Pero esto es insuficiente porque tiende solamente a impedir los actos que se realizan por el propietario sin que le reporten utilidad alguna y sólo con el fin de causar un perjuicio al vecino, siendo así que puede tratarse de actos que sean provechosos.

No basta tampoco el principio de la ilicitud del acto lesivo, del acto que vulnera un derecho del vecino, porque si se debiese restringir la prohibición a los solos casos de abuso con violación del derecho ajeno, las relaciones de buena vecindad, que son esenciales para la paz social, no serían completamente protegidas en todos los casos en que la invasión de la esfera ajena no implique verdadera y propia violación de un derecho.

La llamada *teoría de la intromisión* puede en gran parte bastar a la exigencia. Hay una máxima en las fuentes romanas que constituye su fundamento, y es que a cada uno es lícito hacer en el propio fundo cuanto le plazca, con tal que no se verifique intrusión en el fundo ajeno (1). Elevando esta máxima a

(1) Ulp. fr. 8. § 5. D. 8. 5: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.*

principio general, podría decirse que el ejercicio del propio derecho de dominio no halla limitación más que cuando de él deriva una intromisión en el fundo del vecino. El principio resulta justo en su fundamento; a él obedecen muchas limitaciones positivamente establecidas en la ley y otras que añaden justamente la jurisprudencia y la doctrina. Pero conviene observar que el adoptarlo como norma absoluta llevaría a consecuencias que no serían justas, pues se dan intromisiones módicas que no son ilícitas en cuanto que una moderada invasión de la esfera ajena es autorizada por el Derecho (1). Es más: algunas de las limitaciones legales son propios casos de intromisión efectiva en el fundo ajeno así que es concedida la facultad de intromisión respecto a éste funcionando como limitación. El principio necesita, pues, de templanzas y restricciones, y, además, debe observarse que tampoco él sirve a explicar ciertas limitaciones que no tienen nada que ver con la intromisión. Más idóneo para estos casos puede ser el concepto de la *normalidad del uso* (2).

El uso de la propia cosa debe ser, por parte de su propietario, normal, porque la cosa sólo a tal uso es socialmente destinada y sólo el uso normal resulta protegido por el Derecho; el uso anormal que ocasione al vecino una molestia, una perturbación, debe considerarse prohibido.

Como quiera que venga resuelta cuestión tan delicada, en la que no nos podemos detener (3), veamos cuáles son las más importantes limitaciones de esta categoría.

(1) Ver Dusi, *Sulle immissioni immateriali* (*Riv. Dir. comm.*, 1908, VI, 2, págs. 5-18).

(2) Se remonta a Ihering, *Gesammelte aufsätze*, 1882, pág. 22 y siguientes.

(3) Ver Scialoja, *La proprietà*, página 267 y siguientes; Filomusi-Dir. reali, pág. 176; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 304. Ver sobre la materia Brugi, *Della proprietà*, I, pág. 170 y siguientes y Bonfante, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza* (*Riv. Dir. civ.*, III, 1911, página 517; ahora *Scritti giur.*, II, págs. 774, 834 y siguientes). Este último escrito en que se resumen brillantemente las diversas doctrinas, es una aguda y profunda crítica de las teorías de la prohibición de los actos emulatórios de la intromisión, de la normalidad del uso; éstas, consideradas por el autor insuficientes o ilógicas, intenta substituir Bonfante por un

a) *Curso natural de las aguas.*—Deriva de la natural situación de los lugares una serie de limitaciones impuestas a los propietarios en orden al curso de las aguas, a la reparación y construcción de las márgenes, al uso de manantiales y de los cursos de aguas, que el Código (siguiendo el criterio recordado) agrupa en la categoría de servidumbres derivadas de la situación de los lugares (artículos 536-545). Especialmente aquel por el cual los fundos inferiores están sujetos a recibir las aguas, ya sean de manantial o ya pluviales que derivan naturalmente de los superiores, sin que intervenga la obra del hombre. Esto implica que al propietario del fondo inferior no se le consiente hacer nada que obstaculice o impida el curso natural de las aguas; mediante diques u otras obras. Tampoco puede el propietario del fondo superior verificar, aunque sea en éste, obras que hagan más gravosa la condición del inferior, ya aumentando el caudal de las aguas o dándoles mayor impulso, ya haciéndolas variar de dirección o enturbiándolas (art. 536).

Deben las aguas correr naturalmente según su caudal y dirección, no siendo prohibido al propietario del fondo superior toda clase de modificaciones, sino sólo aquellas que causen un perjuicio al propietario del inferior. Y puesto que a nada más que a recibirlas es obligado el fondo inferior, no incumbe a su propietario el cuidar de la limpieza y buen estado de los cauces, pero sí el tolerar que el propietario del fondo superior realice en el inferior las obras necesarias para que las aguas corran (I).

b) *Reparación de márgenes y limpieza de canales.*—Como

criterio único y general fundado en el concepto de prohibición de invasión de la esfera interna ajena la cual es determinada por los confines del fondo y resulta violada siempre que el vecino verifique una intromisión o un *facere* sin intromisión, es decir, con un actuar que trascienda a la esfera ajena y siempre que esta *intromisión* o *facere* según el criterio social exceda los límites de lo tolerable y de las generales y absolutas necesidades sociales, ver Bonfante: *I rapporti di vicinanza e la giurisprudenza* (*Scritti cit.* pág. 834 y siguientes) y Cogliolo, *Limiti alla proprietà nascenti dai rapporti di vicinanza* (*Scritti di Dir. priv.*, II, pág. 75 y siguientes).

(1) Sobre estas limitaciones relativas a las aguas, las disposiciones del derecho romano, en parte coincidentes, en parte divergentes, se hallan recopiladas en el título *de aqua et aquas pluviae arcendae*, D. 39. 3.

en el caso precedente, así también en cualquiera otro en que la destrucción o deterioro de las márgenes u orillas de un fundo que sirvieran a contener y regular el curso de las aguas, ocasiona daño o posibilidad de daño a otros fundos, debe el propietario del fundo que resulte atravesado por el curso de las aguas o linde con éste, permitir a los propietarios de los fundos perjudicados o amenazados realizar las necesarias obras de reparación (artículo 537). Y no sólo le incumbe esta obligación de tolerar las obras ajenas cuando se trate de restauración o reparación de las ya existentes, sino también cuando la variación del curso de las aguas exija la construcción de nuevas defensas (art. 537), o cuando precise quitar un obstáculo creado en su fundo o en un cauce por objetos acumulados en ellos de modo que las aguas, no discurriendo naturalmente, perjudiquen o amenacen perjudicar a los fundos vecinos (art. 538). Puede el propietario liberarse de tal obligación proveyendo él mismo a la reparación, construcción o limpieza; cuando ésto no quiera debe tolerar que provean a ello los propietarios amenazados o perjudicados. Sin embargo, el derecho de éstos no puede ejercitarse arbitrariamente ni con perjuicio para el propietario del fundo, por lo que precisa: 1) que la necesidad de las obras de reparación y limpieza sea reconocida por la autoridad judicial en juicio ordinario y oyendo a los interesados; 2) que las obras se efectúen de modo que no se origine daño al propietario del fundo, y 3) que sean observados los reglamentos especiales de aguas.

En cuanto a la regulación patrimonial de la relación, rige como norma general este doble principio: que si alguien es responsable por hecho propio de rotura de las márgenes o defensas, de la desviación o del obstáculo producido, está obligado a los gastos y al resarcimiento del daño; y que a los gastos por obras necesarias deben contribuir todos los propietarios a los cuales sea útil la conservación de las márgenes u orillas o el remover el obstáculo en proporción de la ventaja o utilidad que cada uno tiene (art. 539). Por tanto, cuando el propietario del fundo en que se halla la orilla o margen que debe ser reparada o el obstáculo que ha de ser removido provee por sí mismo a la ejecución de la obra, deben los vecinos indemnizarle. Cuando a

ésto no provea, deberán éstos costearla (art. 537), pero podrá aquél ser obligado a contribuir cuando la obra beneficie también a su fundo (art. 539).

c) *Uso de las aguas y de los manantiales* (1).—En virtud de los principios generales, el propietario tiene la facultad de usar del manantial que nazca en su propio fundo. Lo declara el artículo 540 y no hay que considerar como limitación la reserva en él contenida: «salvo el derecho que hubiese adquirido el propietario del fundo inferior en virtud de un título o de la prescripción», porque se trataría en tal caso de una servidumbre establecida por un hecho del hombre. También en virtud de los mismos principios, el propietario del fundo tiene el derecho de usar para el riego de sus terrenos o para el ejercicio de sus industrias de las aguas (siempre que no sean demaniales) contiguas que corran naturalmente sin obra alguna del hombre o del agua que lo atravesase en el intervalo que por el fundo escurre (artículo 543). Es este, como el anterior, un atributo del derecho de propiedad que el art. 545 en forma más general confirma para el propietario y el poseedor reconociendo en ellos el derecho de servirse según su conveniencia y de disponer de ellas en favor de los demás; pero una triple limitación restringe el ejercicio de este derecho por el uso que deba hacerse de los manantiales y aguas corrientes por razones de higiene, necesidades de la agricultura, de la industria, por otras personas o en protección también de la propiedad ajena contra los posibles daños que las aguas puedan causar.

α) *Toma de agua*.—Limita el derecho del propietario sobre el manantial el hecho de que éste suministre a los habitantes de un Municipio o de una fracción el agua que les es necesaria; el propietario no puede desviar el curso salvo siempre su derecho a una indemnización por el agua que es sustraída a su libre disposición (art. 542).

β) *Restitución de los derrames*.—Quien utiliza las aguas que

(1) Ver, entre otros, Astori, *Il diritto delle sorgenti*, Roma, 1903; Cogliolo, *Rapporto fra le sorgenti di acqua e le industrie stabilite sul corso d'acqua* (*Scritti di Dir. priv.*, II, pág. 86 y siguientes).

discurren por los linderos de su propiedad o atraviesan su fundo, debe restituir los derrames y los sobrantes al curso ordinario luego que las ha utilizado; no es lícita la dispersión de las aguas sobrantes que puedan aún ser útiles para el cultivo de los fundos e industrias de los propietarios del valle (art. 543). Cualquier conflicto que pudiera surgir entre los propietarios a quienes el agua fuese útil será resuelto por la autoridad judicial siguiendo el criterio de la más adecuada conciliación de los intereses de la agricultura y de la industria con los respetos debidos a la propiedad (art. 544). Esto significa que en esta materia, por expresa disposición de la ley, se concede más amplio campo a la libre apreciación del Juez, que se guiará (teniendo en cuenta los reglamentos particulares y locales sobre curso y uso de las aguas) no por los principios del derecho estricto, sino por aquéllos equitativos que mejor puedan, caso por caso, señalar en el conflicto de intereses opuestos, cuándo el uso más o menos amplio de las aguas reporte mayores ventajas a la agricultura, a la higiene, a la industria.

γ) *No desviabilidad de las aguas.*—Independientemente de los casos anteriores se establece una limitación al uso que haga el propietario o poseedor de sus aguas, prohibiendo que las desvíe de modo que se pierdan con daño para los demás fundos a los cuales pudieran estas aguas aprovechar sin perjuicio de los usuarios superiores. La limitación afecta al propietario o poseedor cuando el agua que quisiera no aprovechar pudiera ser utilizada por los otros fundos sin perjuicio de los fundos superiores; pero esto no se da sin compensación, porque si el agua pertenece al dueño del fundo superior en propiedad, éste tiene derecho a una indemnización por parte de aquellos que la aprovechan (art. 545).

d) *Comunidad forzosa de pared.*—Prescindiendo de las relaciones propias entre condueños o colindantes respecto a la comunidad de las obras intermedias, a las presunciones de comunidad, a la obligación de contribuir a los gastos que se refieren al condominio y se recordarán más adelante en su lugar oportuno, constituye una limitación de la propiedad el derecho conferido al vecino de hacer común la pared construída en el límite de la propiedad vecina. Es este una especie de derecho

de expropiación forzosa en favor del particular justificada por razones de interés particular y general, como es el evitar desperdiciar el espacio, gastos inútiles en la construcción, innecesarios y perjudiciales, espacios vacíos entre las construcciones. Tiene facultad de hacerlo común el propietario del fondo contiguo y puede hacerlo común en todo o en parte, con tal que lo haga en toda la extensión de su propiedad (artículos 556 y 570). Corresponde tal facultad al vecino cuando la pared se haya edificado en el límite o se halle de éste a menor distancia de metro y medio. Es más: en este segundo caso la facultad del vecino se extiende también al suelo que el otro haya dejado libre, puesto que sólo adquiriendo éste puede la pared ser hecha común. Para que el propietario de ella pueda sustraerse a la comunidad coactiva, debe de respetar en la construcción por lo menos este metro y medio de distancia al límite (art. 571). Ello implica una nueva limitación a cargo del otro, en lo que se refiere a la distancia a que éste puede construir, lo cual se examinará más adelante. Pero también aquí se da compensación: al propietario de la pared se debe pagar la mitad del valor de la misma, así como el suelo sobre el que se halla edificada, y si la pared no estaba en el límite de la propiedad, el valor del suelo entre la pared y el límite de ambas propiedades (artículos 556 y 571). Estas disposiciones no se aplican a los edificios destinados a uso público ni a las paredes lindantes con plazas y calles públicas (1).

e) *Distancias en las construcciones, excavaciones y plantaciones.*—Una importante serie de limitaciones son las que se refieren a la distancia que deben respetar los propietarios de fundos colindantes cuando en éstos efectúen construcciones (artículos 570-574), excavaciones (artículos 575-578) o plantaciones (artículos 579-581).

(1) Ramponi, *Comunione coattiva dei muri e distanze legali fra edifici*, (*Giur. it.*, 1908, pág. 197; 1909, págs. 265, 273, 289; 1910, pág. 257), ver también del mismo, *Comunione di muro ed appoggio di fabbrica* (ib. 1911, página 97); *Muro erigendo e distanza legale* (ib. 1912, pág. 81 y siguientes); *Comunione coattiva di muro d'una chiesa* (ib. 1915, pág. 48 y siguientes); *Are, Comunione coattiva et obbligo della distanza legale dei muri di edifici destinati ad uso pubblico* (ib. 1915, pág. 48).

a) *Construcciones.*—Dado el derecho que cada uno tiene de edificar sobre el propio terreno hasta su lindero, y sentado el principio de que con respecto a aquel que primero ha edificado el vecino puede ejercitar su derecho a la comunidad forzosa de pared, ya para apoyar en ella su construcción, ya para utilizar la parte de muro de cerca que linda con su terreno, la ley establece que si se quieren dejar espacios vacíos entre las construcciones éstos no pueden ser inferiores a tres metros de anchura. De aquí la recíproca limitación impuesta a los dos colindantes de guardar una distancia al límite de ambas propiedades tal que resulte la citada anchura, y puesto que es igual el derecho de cada uno, igual debe ser también la limitación; cada uno de los propietarios debe respetar metro y medio por lo menos. Ahora bien; como quien primero edifica puede sufrir la comunidad forzosa de parte del vecino o sustraerse a ella, deriva de esto (artículo 571): 1) Que si el primero que construye quiere evitar la comunidad debe retirarse en sus construcciones a metro y medio por lo menos del límite y el vecino será obligado a hacer otro tanto; 2) Si la distancia es inferior y no quiere el vecino hacer común la pared y apoyar en ella la edificación, se agrava más la limitación a cargo de éste, debiendo por su parte respetar la distancia necesaria para que resulten libres los tres metros entre ambas construcciones; 3) Si la distancia es mayor resulta atenuada la limitación para el vecino, que podrá construir a menos de metro y medio y llegar incluso al límite si el otro propietario respetó los tres metros.

Independientemente de estas restricciones, debe observarse una cierta distancia por quien quiera apoyar en pared divisoria ya sea propia o común, chimeneas, hornos, fraguas, cuabras, almacenes de sal o de materias que pueden ser nocivas, o establecer próximas al fundo ajeno máquinas o instalaciones que ofrezcan peligro de incendio o de explosión, exhalaciones nocivas, etc. (art. 574). La enumeración de construcciones o instalaciones dañosas es en este artículo meramente demostrativa; oportunamente la ley no ha creído conveniente establecer distancias fijas, recurriendo a los reglamentos especiales y, a falta de éstos, al Juez en la determinación de lo que debe entenderse

por obras nocivas a la propiedad ajena y las distancias a que deben ser hechas (1).

β) *Excavaciones*.—Para proteger la integridad de la construcción del vecino, la salubridad de su fundo, la fertilidad de su campo contra los peligros de invasión de aguas, desbordamientos, etc., se establecen otras limitaciones. Quien quiera abrir un pozo de agua viva, una cisterna, un pozo negro, letrina o estercolero (2), próximo a pared ajena, o medianera (no en el caso de que la pared sea propia) debe mantener una distancia de dos metros del límite al punto más próximo del perímetro interno de la pared del pozo, cisterna o foso citados a no ser que los reglamentos prescriban una distancia diversa (art. 573). Para las tuberías de conducción de agua o de desagüe de tejados y letrinas debe guardarse la distancia de un metro (art. 573, párrafos 2.º y 3.º). Eventualmente podrá la necesidad de evitar daños al vecino imponer en uno y otro caso la obligación de guardar una mayor distancia cuando la normal resulte insuficiente (artículo 573, párrafo 4.º). Quien quiera practicar fosos o canales, próximos al límite, debe hacerlo a una distancia igual, por lo menos, a la profundidad del foso o canal cuando los reglamentos no determinen una mayor distancia (artículos 575 y 576); la limitación cesa si ambas propiedades están separadas por muro común (art. 577). Quien quiera alumbrar manantiales, construir fuentes, canales o acueductos, o excavar, profundizar o ampliar el cauce, aumentar o disminuir el declive, variar la forma, guar-

(1) Para las distancias de las construcciones en derecho romano, muchas y diversas fueron en los distintos momentos históricos las medidas: ver fr. 13. D. 10. 1; fr. 14. D. 8. 2; l. 11, 12, § 2, 13. C. 8. 10; l. 4, 46, 47, C, Th: 15, 1. La obligación impuesta a quien construía de dejar entre los edificios un espacio libre (*ambitus*) se remonta a las XII Tablas. La disposición se inspiraba en motivos de seguridad y servía para facilitar el aislamiento del edificio en caso de incendio; cayó en desuso cuando prevaleció la *paries communis*; ver Brugi: *L'ambitus e il paries communis* (*Riv. it., per le Sc. giur.*, IV, págs. 161, 363 y siguientes). Este aislamiento de las casas es visible aun en Pompeya y en Ostia.

(2) Para la prohibición de adosar al muro del vecino un estercolero, ver fr. 17. § 2. D. 8. 5. y para introducción de humos, olores, humedades, fr. 8. §§ 5-7. D. 8. 5; fr. 19. pr. D. 8. 2.

dar las mayores distancias y efectuar las obras necesarias para no causar daño a los demás fundos, manantiales, canales o acueductos preexistentes (art. 578). Con ello se quiere impedir, a más de los daños generales que con tales obras pueden causar, el empobrecer las venas de agua (1) que alimentaban los canales de los fundos circundantes; no precisa para la limitación el que exista una contigüidad absoluta de los fundos ni basta tal prevención para privar al segundo propietario de la facultad de buscar agua en el suyo ni tampoco resultaría suficiente el remedio de la distancia. Por esto, con fórmula análoga (no igual) a la usada en el art. 544, el Código añade: «surgiendo contienda entre ambos propietarios, la autoridad judicial debe conciliar del modo más equitativo los respetos debidos al derecho de propiedad con las mayores ventajas que puedan derivar a la agricultura o a la industria del uso a que el agua es destinada o se quiso destinar, asignando cuando sea necesario a uno o a otro de los propietarios las indemnizaciones que les sean debidas» (artículo 578).

γ) *Plantaciones*.—No puede el propietario plantar árboles o setos vivos en el confín por el principio general que prohíbe las intromisiones que se darían ya en el subsuelo con las raíces, ya en el aire con las ramas, si no se guardasen ciertas distancias. Decisivos son, ante todo, en este orden los reglamentos locales; cuando éstos falten o no prevean el caso, se aplica el art. 579, el cual prescribe una distancia de tres metros para los árboles de alto fuste (nogales, castaños, encinas, pinos, cipreses, olmos, chopos, plátanos, robinias); de un metro y medio para los que no son de alto fuste (perales, manzanos, cerezos, moreras, sauces); de medio metro para vides, arbustos, frutales, de altura no mayor de dos metros y medio; de dos metros o de metro y medio para los setos vivos, según la naturaleza de las plantas que los componen. Cesa la limitación de la distancia cuando el fundo se halle separado del vecino con pared o cerca propia o común,

(1) Se discute mucho si el art. 578 se refiere sólo a los emuntorios o también a los cortes de venas de agua. Gabba, *Recisione di vene d'acqua nel fondo proprio* (*Quest. Dir. civ.*, 2.^a ed. pág. 183 y siguientes)

pero subsiste, en tal caso, la limitación de la altura, no debiendo las plantas sobrepasar la de la pared o cerca (1).

La sanción de la prohibición consiste en el derecho conferido al vecino de constreñir al otro a restablecer las distancias; el vecino puede obligar a extirpar los árboles o setos vivos al otro, cuando hayan sido plantados o hayan nacido espontáneamente a distancia menor de la legal (art. 581). Nunca podría proceder a extirpar o cortar, porque con esto violaría la ajena propiedad de la planta y la libertad del fundo.

f) *Corte de ramas y raíces y recolección de frutos.*—A proteger al propietario del fundo, en el cual, no obstante las anteriores limitaciones, se introduzcan las plantas del vecino con sus raíces, absorbiendo ilícitamente los jugos nutritivos del fundo o con las ramas proyectando sombra, va encaminada otra limitación legal. Esta (art. 582) confiere al primero el derecho de constreñir al vecino a cortar las ramas de los árboles que se extienden a su fundo aun hallándose éstos plantados a la distancia legal (2) y le atribuye la facultad de poder él mismo cortar las raíces que se introduzcan en su subsuelo en la misma hipótesis (3).

Una segunda limitación y de naturaleza distinta debe considerarse contenida en nuestro derecho; es análoga a la que se re-

(1) Ver para el derecho romano, fr. 13. D. 10. 1.

(2) Proveía a esto en el derecho romano el interdicto de *arboribus cadendis* que confería al vecino el derecho de cortar las ramas o el árbol si no lo hiciera el propietario y de apropiarse la leña; ver fr. 1. pr. D. 43. 27; fr. 1. § 7. D. cod.

(3) No puede el vecino, pues, cortar por sí las ramas que se extienden a su fundo. ¿Por qué tratar diversamente a las ramas y a las raíces? La razón que por lo general se aduce, de que se debe evitar que las ramas vengán cortadas por el vecino sin observar las reglas relativas con perjuicio para la planta, no parece del todo satisfactoria; también con el corte de las raíces se compromete la vitalidad de la planta. En nuestra opinión la causa es que en cuanto a las raíces, el vecino las corta aun sin querer en las operaciones de labranza y que el querer imponer el corte al propietario del árbol, implicaría para el vecino una nueva limitación con la necesidad de dar acceso al vecino en su fundo y de tolerar la acción del propietario del árbol para extirpar las raíces.

conocía en el Derecho romano (1), si bien el Código no alude a ella: cuando de las ramas que se extienden al fundo ajeno caigan los frutos en éste, el propietario del árbol, cuando el vecino no se los entregue, tiene derecho de penetrar en el fundo ajeno para proceder a su recolección (2).

g) *Luces y vistas*.—Los edificios necesitan de luz y de aire, pero como debe garantizarse a todos el goce pacífico de su propiedad, protegiéndolo contra las indiscreciones del vecino, se establecen limitaciones relativas a la apertura de ventanas en fundos contiguos. El sistema que se ha formado de la conciliación de las exigencias opuestas en nuestro Código (artículos 583 y 590) no es, quizás, el más perfecto (3). Parte la ley de la distinción de huecos y ventanas en dos especies: 1) las luces (ventanas de luz) destinadas a iluminar y que deben hallarse provis-

(1) Proveía a tal necesidad el *interdictum de glande legenda*, con el cual el Pretor prohibía que se impidiese al propietario de los frutos el ir al fundo vecino un día sí y otro no a recogerlos; ver fr. 1. D. 43. 28.

(2) Ello es muy discutido. Niegan algunos que fuera de la limitación impuesta por el paso forzoso, haya otra también de paso forzoso para la recolección de frutos. Los frutos son sí propiedad del propietario del árbol, quien podrá reivindicarlos del vecino, pero no puede admitirse un nuevo gravamen para este, tanto más cuanto que el propietario del árbol no tenía derecho a producir la extensión de las ramas en el fundo vecino. Pero la argumentación puede retorcerse observando que también el vecino tenía la facultad de constreñir al propietario a cortarlas, evitando de este modo que los frutos cayesen en el propio fundo. Ver Zachariae, Man. I, pág. 483, núm. 4; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 337, n. 11, etcétera. Otras legislaciones resuelven la cuestión en muy diverso sentido, atribuyendo la propiedad de los frutos al vecino. Así, por ejemplo, el artículo 673 del Código civil francés según la modificación introducida por la ley de 20 de Agosto de 1881 («los frutos caídos naturalmente de estas ramas [es decir, de las que se extienden al fundo vecino] pertenecen al vecino») y el § 911 del Código civil alemán («los frutos que caen de un árbol o de un arbusto en el fundo vecino, se consideran como frutos de este fundo»).

(3) Muy poco se ha preocupado el legislador de las exigencias higiénicas al permitir que se tengan ventanas sobre el fundo ajeno, pero ha exigido que sean cerradas impidiendo la entrada del aire y contentándose con conceder un poco de luz. No es feliz tampoco el modo de conciliar los intereses en conflicto.

tas de cristal fijo y con reja de hierro, cuyas mallas no tengan amplitud superior a un decímetro, y no pueden abrirse sino a una altura determinada (1); 2) las vistas (ventanas de vistas) que sirven a procurar el aire y la vista y no están sujetas a las anteriores prescripciones en orden a la forma y a la altura pudiendo, a su vez, ser *vistas rectas* cuando miran de frente al fundo vecino o *laterales* cuando no se puede mirar el fundo del vecino sin volver la cabeza. Deriva del condominio la prohibición hecha a cada uno de los condóminos de abrir en la pared común sin el consentimiento del otro un hueco o ventana (art. 583; ver también art. 586), pero también se establecen limitaciones legales si el muro o pared pertenece exclusivamente a uno y es divisorio o contiguo.

1) En la pared propia y contigua al fundo ajeno, puede el propietario abrir ventanas de luces, y éstas deben hallarse a una altura no menor de dos metros y medio del suelo del fundo contiguo; de dos metros y medio del pavimento o suelo del lugar que se quiere iluminar, si se trata de un piso bajo; de dos metros si se trata de pisos superiores (artículos 584 y 585). La apertura de luces no priva al vecino del derecho de apoyar, cuando edifique en el muro o pared en que las luces se han abierto; puede, por tanto, cerrar éstas al ejercitar tal facultad (artículo 584, párrafo 2.º).

2) Igualmente el propietario puede abrir ventanas de vistas en su pared, pero las vistas directas no se consienten, si entre la pared y el fundo del vecino no media una distancia de metro y medio, por lo menos, y en caso de que sean oblicuas, de medio metro. La regla se aplica también a los balcones o voladizos, esté o no cercado el fundo vecino y aun en el caso de darse la vista en el techo. La distancia se mide en las vistas rectas, desde la superficie o fachada exterior del muro hasta la línea de separación de las dos propiedades, y si se trata de voladizos o balcones, desde la línea exterior de éstos; en las vistas oblicuas, desde

(1) El Código no fija límites a las dimensiones de las luces: el propietario es libre de abrirlas en la forma que más le plazca; ver Gianturco, *Dir. reali*, pág. 180.

el lado más próximo de la ventana o del voladizo más próximo hasta la línea de separación. Cesa la prohibición en cuanto a las rectas cuando entre ambas propiedades haya una calle o vía pública, y para las oblicuas cuando tales vistas sean al mismo tiempo rectas con relación a una calle o vía pública (artículos 587 y 589). Fuera de estas limitaciones legales, cualquiera otro derecho de ventana o vista no puede ser adquirido si no es mediante regular constitución de una servidumbre en una de las tres formas que más adelante se indicarán; cuando esto ocurra, el derecho legalmente adquirido de tener ventanas abiertas sobre el fundo vecino, lleva como consecuencia que el vecino, pudiendo pedir la comunidad del muro en que aquéllas están abiertas, no puede cerrarlas apoyando en él la obra, sino que al edificar debe guardar la distancia de tres metros (art. 590) (1).

h) *Desagüe de edificios*.—Es una aplicación del principio, general, que prohíbe las intromisiones la norma del art. 591 que impone al propietario la obligación de construir sus tejados de modo que no viertan las aguas pluviales en el fundo del vecino (2).

i) *Paso forzoso*.—Una de las más enérgicas limitaciones, derivadas de las relaciones de vecindad, es la que obliga al propietario a dejar pasar por su fundo al vecino cuando el fundo de éste se halle limitado por otros fundos. Interesante es su historia, porque si el primer vestigio de tal limitación puede hallarse en el *iter ad sepulchrum* de los romanos (3), los orígenes inme-

(1) Germano, *Limiti del prospetto menzionato nell*, art. 590 del Código civil (*Foro it.*, 1915, I, pág. 784 y siguientes).

(2) Ver fr. 1. § 17. D. 39. 3.

(3) Ulpiano, fr. 12. pr. D. 11. 7. *Si quis sepulchrum habeat viam ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo qui fundum adiunctum habeat*. Es este el único caso que el derecho romano admitía excepcionalmente de paso necesario; que no lo reconociese en vía normal, es decir, en todo caso de interclusión, se explica porque dado el sistema romano de división de los fundos y dadas las funciones atribuidas a los agrimensores, la posibilidad de un fundo cerrado por todos sus lados sin *limes* u otro sendero que tuviese acceso a vía pública era bastante raro. Esto demostró Brugi: *Studi*

diatos se hallan en el Derecho medioeval italiano de los siglos XII y XIII y precisamente en el Derecho estatutario (1). Notable es también su configuración jurídica. Dos especies de paso forzoso se formaron históricamente y se reconocen aun en nuestro Código: la de *paso forzoso* verdadero y propiamente para el fundo que está situado entre otros sin acceso directo (art. 593) y la que pudiera llamarse *acceso forzoso* por el cual todo propietario debe permitir el acceso y paso por su fundo, siempre que sea reconocida la necesidad, a fin de construir o rehacer un muro u otra obra cualquiera del vecino o común (art. 592). Sólo esto último tiene carácter exclusivo de limitación legal de la propiedad, que no crea una relación de sujeción de un fundo a otro y esto lo reconocieron y admitieron también los romanos. Aquélla asumió con el tiempo (si, como parece, en sus comienzos tuvo carácter de limitación legal) (2) naturaleza de verdadera y propia servidumbre predial, impuesta por la ley y como tal aparece correctamente construída en el sistema del Código, juntamente con las servidumbres legales de acueducto y desagüe forzoso de que se hablará inmediatamente. Y como las características de uno y otro son diversas, así lo son también las normas que regulan el paso y el acceso forzosos.

a) El acceso forzoso reconoce como causa la necesidad en el vecino de construir o reparar el muro u otra obra propia o común, que sin acceso al fundo ajeno sería imposible. Temporal es, pues, la limitación impuesta, porque cesa cuando la obra se haya ejecutado; no crea un vínculo real de servidumbre ni exige otra condición que no sea el reconocimiento de su necesidad (art. 592). El vecino tiene derecho a una indemnización

sulla dottrina romana delle servitù prediali (Arch. giur., XXV, 1880, página 321 y siguientes); *Ancora del passo necessario* (ib. XXXIV, 1885, página 141 y siguiente). Apéndice al Glück, *Comm. alle Pand.* VIII. pág. 21 y siguientes; *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, Padova, 1897, página 335 y siguientes.

(1) Véase Solmi, *Sul diritto di passo necessario nel medio evo* (*Studi per Brugi*, pág. 481 y siguientes) y un documento placentino importantísimo de 11 de Agosto de 1209 que ofrece la institución como ya des-
envuelta en aquel tiempo.

(2) En tal sentido se pronuncia Solmi, ob. cit. págs. 488-490.

proporcionada al perjuicio causado con el acceso (art. 594).

β) Causa propiamente dicha del paso forzoso es el emplazamiento del fundo; pero no sólo se da cuando el fundo se halla circundado por la propiedad ajena, de modo que no tenga salida a la vía pública, sino también cuando exista tal salida, pero sea insuficiente al cultivo y necesidades del fundo. Corresponde entonces al propietario de éste, que no pueda procurárselo de otra manera sin excesivo dispendio o molestia, el derecho de obtener paso por los fundos vecinos, o si ya lo tiene, el de obtener su ampliación para el tránsito de vehículos (art. 593). Con esto se crea un verdadero y propio derecho real a favor del fundo circundado y a cargo de aquellos sobre los cuales la servidumbre se constituye; cuanto más oneroso es el gravamen y más permanente, más vigilante se muestra la ley en la tutela de las propiedades que deben sufrirlo, condicionando rigurosamente y atenuando en lo posible el daño de los vecinos.

Debe establecerse el paso en aquella parte por la que el tránsito a la vía pública desde el fundo circundado sea más breve y resulte menos perjudicial al fundo sujeto (art. 593, párrafo 1.º); debe ser concedido para las necesidades del fundo y no para usos que el Juez, con su prudente arbitrio, no estime necesarios; debe la servidumbre imponerse sólo cuando no pueda el propietario procurarse el paso por otro sitio sin grave dispendio o molestia y corresponde al Juez el apreciar lo que sea más dañoso: si la servidumbre de paso que se impone al fundo o el sacrificio que otro medio de tránsito representaría para el propietario; cesa el vínculo para el fundo sirviente cuando el fundo circundado, por su unión a otro fundo contiguo a la vía pública o por la apertura de una nueva vía a la que tenga acceso, no necesite ya de la servidumbre de paso; por esto no puede ser adquirida irrevocablemente (art. 596). El propietario del fundo sometido tiene derecho a una indemnización, salvo que la situación la haya causado él mismo por efecto de venta, permuta o división (artículo 595), la cual debe ser restituída cuando cese su causa (artículo 596), y no puede ser pedida si la correspondiente acción ha prescrito por el transcurso de treinta años (art. 597).

j) *Acueducto forzoso*.—Análoga a la anterior es la servi.

dumbre de acueducto forzoso, cuya regulación se remonta también a la antigua legislación estatutaria italiana. El principio fundamental acogido en nuestro Código, a ejemplo de los Derechos anteriores en los que se mostró como uno de los más eficaces factores de la prosperidad de la agricultura y de la economía nacional, es que todo propietario está obligado a dar paso por sus fundos a las aguas de todo género que quieran conducirse por quien tenga permanente o temporalmente el derecho de servirse de ellas para necesidades de la vida o para usos agrícolas o industriales (art. 598). Las condiciones a que se halla subordinado el paso forzoso de las aguas tienden a proteger los fundos sobre los cuales una carga tan grave (y más grave es naturalmente el paso necesario) debe imponerse. Es preciso, pues: 1) que quien quiera conducir las aguas tenga el derecho de servirse de ellas, ya porque sea propietario, ya porque haya adquirido legalmente la facultad de aprovecharlas de modo permanente o temporal (art. 598); 2) que acredite este derecho justificando poder disponer del agua en el tiempo en que solicite el paso (artículo 602); 3) que el interés de conducir las aguas sea serio y razonable en cuanto aquéllas sean suficientes al uso agrícola, industrial o doméstico a que son destinadas (art. 602); 4) que el paso que se pide sea el más conveniente y el menos perjudicial al fundo sirviente, atendidas las circunstancias de los fundos vecinos, la pendiente y otras condiciones de la conducción, curso y desembocadura de las aguas (art. 602). A más de estas condiciones, cuyo examen previo corresponde al Juez, no hay otra referente a la relación entre el daño del fundo sirviente y la utilidad del dominante; aun cuando el perjuicio de aquél sea gravísimo y superior a la utilidad o ventaja que obtiene el dominante con la conducción de las aguas, el paso debe ser concedido y el Juez no puede por tal motivo denegarlo (1).

(1) Este punto ha sido brillantemente demostrado por Segré, *Sull'aquedotto coattivo in relazione all'art. 578, c. c.* (*Giur. it.* 1903, I, 2, página 419 y siguientes); *I presupposti legali dell'aquedotto coattivo* (*Foro it.*, 1906, pág. 1.497 y siguientes); Brugi, *Ist.*, pág. 275, que podría la conducción ser denegada cuando anulase la potencia económica del fundo sobre que debe darse. Pero ni siquiera en tal caso parece sea concedida al

Al propietario gravado corresponde el resarcimiento del daño y éste, que debe ser pagado antes de emprenderse la construcción del acueducto, es determinado por la ley en el valor de tasación de los terrenos que deben ocuparse (sin deducir los impuestos y otras cargas inherentes al fundo), aumentado en una quinta parte; pero se deben añadir los daños inmediatos derivados de las obras de la división del fundo en dos o más partes y de cualquiera otra modificación del mismo (art. 603). Descienden a la mitad el valor y las indemnizaciones si se pide la conducción de aguas por tiempo no superior a nueve años (art. 604). Otras normas particulares regulan el caso de que existan ya canales en el fundo sirviente; no puede quien pide la conducción pretender que sus aguas discurren por canales de otro, pero éste puede conducir las aguas por sus canales siempre que no ocasiona grave daño a aquél (art. 599); no puede quien tiene ya un acueducto en el fundo ajeno hacer pasar por él mayor cantidad de agua, si no se reconoce que el canal es capaz y que ningún daño deriva al fundo sirviente (art. 605). Finalmente, no se hallan sujetos a esta servidumbre las casas, los patios, los jardines, las eras (art. 598), y si para la conducción de las aguas precisa atravesar calles, ríos o torrentes, deberán ser observadas las leyes y los Reglamentos sobre vías y sobre aguas (art. 601).

k) *Desagüe forzoso*.—Cuando no para llevar el agua a un fundo, sino para eliminar las sobrantes de un curso o manantial¹ o para proceder a la desecación de un terreno, se deban hacer pasar a través de los fundos vecinos drenajes, canales o fosos de desagüe, la ley impone una servidumbre análoga llamada de desagüe forzoso. Al desagüe de las aguas sobrantes se aplican

Juez tal potestad; prescindiendo de la consideración de que es, si no imposible, extraordinariamente rara la hipótesis de un aniquilamiento completo por el solo hecho de la conducción de un curso de agua aun dándose tal caso (supóngase un fundo tan estrecho que venga ocupado en toda su extensión por el canal del acueducto) el interés privado y general que implica el uso agrícola e industrial de un curso de agua, debe prevalecer, no importando que toda la zona de tierra venga sacrificada. El mayor daño, el eventual aniquilamiento del fundo serán causa solamente de un aumento en la indemnización.

las normas examinadas del acueducto forzoso (art. 606). Al caso de la desecación proveen normas particulares (art. 609 y siguientes) para que las aguas puedan, con el menor daño posible de los vecinos, ir a parar a un curso o desagüe; para que los fosos construídos por uno puedan ser utilizados por otros para bonificar sus terrenos; para que la desecación sea siempre posible, no obstante el derecho adquirido por los terceros (1) sobre las aguas de un fundo palúdico (2).

§ 51.—*Comunidad y condominio*

Filomusi, Enc. § 58; Brugi, Ist. § 37; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 435; Chironi, Ist. I §§ 147-150; Zachariae, Man. I, §§ 181-182; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 221-222; Planiol, Traité, I, núm. 2.497 y siguientes; Windscheid, Pand. I; 2, § 169 a.

Una cosa puede ser propiedad de una sola o de varias personas; cuando esto ocurre se habla de condominio o copropiedad, o, en sentido más general, de comunidad y también de propiedad colectiva. Esta modalidad dominical está regida por reglas distintas de las que se refieren al dominio individual y varían en los distintos casos según la peculiar naturaleza que la relación de pertenencia de la cosa a una pluralidad de personas puede ofrecer.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Limitaciones en interés privado y derecho de vecindad.*—(Ver nota al capítulo anterior.)

(2) La materia de la desecación para bonificar los terrenos palúdicos ha sido luego disciplinada más completamente con leyes especiales reunidas ahora en el t. u. (texto único) de 22 de Marzo de 1900, núm. 195 sobre bonificación de terrenos palúdicos modificado y completado por la ley de 13 de Julio de 1911, núm. 774 y con los Reglamentos de 8 de Mayo de 1904, núm. 368 y 15 de Junio de 1895, núm. 359.

Durante la guerra, a fin de la inmediata utilización agrícola de los terrenos, palúdicos se consintió con Decreto-ley de 7 de Febrero de 1918, número 153, que en derogación del art. 599 del Código civil, las aguas que se quisieran eliminar pudieran ser conducidas por canales o desagües de propiedades contiguas, concediéndose al Ministro de Agricultura la facultad de ordenar esto.

El concepto de *comunidad* (1) es más amplio que el de condominio, el cual es comprendido en aquél como una especie suya. *Comunidad* es, en efecto, toda relación o todo conjunto de relaciones en que aparezcan como sujetos varias personas conjuntamente. La especie más importante de ésta es la comunidad del derecho de propiedad. Puede darse la comunidad respecto de una cosa singular o ser una comunidad universal de bienes: o la de los socios de una sociedad, o la del matrimonio, o la de los coherederos o colegatarios, etc. Varias son las causas que la originan: o es la voluntad misma de dos o más personas, las cuales acuerdan poner algo en común para repartir las ganancias que puedan derivar, y se da entonces la comunidad de los socios, basada en el contrato de sociedad (art. 1.697) (2), o bien son otros hechos, como la sucesión hereditaria, cuando varias personas son llamadas a recoger una herencia y resultan por tal titulares de las relaciones jurídicas del difunto (artículos 984, 1.027 y 1.034) o las relaciones de vecindad por las que las paredes divisorias de dos edificios o las cercas que dividen dos fundos, los setos vivos, los fosos, los tejados, escaleras, patios de un edificio perteneciente por partes separadas a propietarios diversos, pertenecen en común a varios (art. 546 y siguientes). Estas últimas y otras figuras de comunidad en las que la relación de coparticipación no ha sido querida por los copartícipes, sue-

(1) Sobre este y sobre el concepto de condominio en el derecho civil italiano y en el romano hay que tener presentes: Fornari, *Della comunione dei beni*, Napoli, 1981; Vita Levi, *Trattata della comunione dei beni*, Torino, 1884-1901; Paternó Castello, *La comunione dei beni nel cód. civ. it.*, Torino, 1895; Segré, *Sulla natura della comproprietá*, (Filang. XV, 1890, págs. 1, 65, 305-345 y siguientes; Manenti, *Concetto de la comunione* (Filang. XIX, 1894, págs. 321, 492 y siguientes); Luzzatto, *La comproprietá nel diritto italiano*, Torino, 1908-9; Riccobono, *Communio e comproprietá (Essays in legal history)*, Oxford, 1913); Finocchiaro, *Studi sulla comunione (Dir. comm.)*, 1919, pág. 369 y siguientes). Muy rico es el material papirológico sobre las varias especies de comunidad y su disciplina jurídica en el derecho greco-egipcio. Véase Weiss, *Communio pro diviso und pro indiviso in den Papyri (Arch für Papyrusforschung)*, IV, página 330 y siguientes).

(2) Ver Bonfante, *Rapporto tra la comunione e la società (Riv. diritto comm.)*, 1917, II, pág. 74 y siguientes.

len designarse en la terminología escolástica tradicional, para distinguirlas de la comunidad fundada en el contrato de sociedad, con el nombre de *comunidad incidental* (*communio incidens*). En otro aspecto se suele contraponer la comunidad *ordinaria* a la *forzosa* o *coactiva*, tomando como criterio distintivo la facultad de los partícipes de pedir la división, ya que mientras esta facultad corresponde de ordinario a los comuneros y el pacto de indivisión es mirado desfavorablemente por la ley, que lo considera nulo, hay casos en los cuales el destino de la cosa, según su naturaleza, no tolera la división, y en tales casos se habla de *comunidad forzosa*.

Cada figura tiene, pues, sus reglas especiales. Esta última las tiene en los artículos 546 y 569, que (como ya hicimos notar) nuestro legislador, no muy correctamente, colocó en el título de las servidumbres, cuando a lo sumo, y sólo en un cierto aspecto, podrían incluirse en el concepto de limitaciones de la propiedad; la comunidad de bienes entre cónyuges se halla regulada por los artículos 1.433 y 1.446; la de los socios en la sociedad por los artículos 1.697 y 1.736; la de coherederos, por los artículos 984 y 1.000. Prescindiendo de la particular y distinta regulación impuesta por la índole especial de la causa que determina la comunidad, es posible también una disciplina general de éste basada en principios universales. Y nuestro Código la ha formulado en los artículos 673 y 684 (1); normas de carácter dispositivo constituyen la disciplina universal de la comunidad ordinaria y se aplican en todo caso en que la voluntad de los particulares no haya regulado diversamente la relación o la ley misma la regule de modo distinto; a ellas se debe recurrir a falta de particulares disposiciones o lagunas que se adviertan en

(1) En esto fué imitado el Código austriaco que tiene un título especial sobre la comunidad de la propiedad y de otros derechos reales (§§ 825-858) porque en el francés faltaba un título sobre la comunidad en general y sobre el condominio. Más correcto es el Código civil alemán que contiene dos títulos distintos, uno relativo a la comunidad en general consistente en la pertenencia de un derecho cualquiera que sea a varias personas (§§ 742-758) y el otro referente al condominio propiamente dicho (§§ 1.008-1.011).

la comunidad de herederos (art. 1.000), en la de los socios (artículo 1.736) o en la matrimonial (art. 1.434).

Ciñéndonos, por ahora, a la comunidad del derecho de propiedad, a la que también el Código se refiere, especialmente en los dos títulos sobre la comunidad de bienes y sobre la de los muros, edificios y fosos comunes, y antes de examinar las reglas que gobiernan el condominio ordinario y el coactivo, es preciso indagar la naturaleza que debe atribuirse al derecho de condominio y la manera de explicar la coexistencia de varios propietarios de una misma cosa.

De la naturaleza del derecho de propiedad deriva que un dominio plural sobre una misma cosa no puede existir; plural, no en el sentido de formas diversas de la propiedad, como eran, por ejemplo, la quiritaria y la bonitaria del Derecho romano (en el nuestro la propiedad es única), sino en el sentido de varias propiedades iguales e igualmente plenas sobre la misma cosa. No es posible, conceptualmente, que la misma cosa sea objeto de pleno dominio por más de un titular, dado lo absoluto del señorío y el poder de exclusión que lleva anejo. Es posible solamente que el derecho corresponda a varios por partes, es decir, por cuotas (*partes proindiviso*). Esta es la idea expresada en un texto famoso de las fuentes romanas que señala el punto de partida de las varias teorías romanísticas y civilísticas sobre el condominio. *Duorum (vel plurium) in solidum dominium vel possessionem esse non potest* (1).

Ahora bien, ¿qué es lo que se debe entender por objeto del dominio cuando la cosa pertenece a varias personas? La teoría tradicional cree que una parte o cuota de la cosa; cada condómino tiene la propiedad de una fracción de ella: la mitad, un tercio, un cuarto, según la extensión de su derecho; pero como la cosa no se halla aún materialmente dividida, la cuota en el estado de indivisión sólo puede ser concebida intelectualmente, o, en otros términos, es una cuota *intelectual* o *ideal* (2). No será,

(1) Celso, fr. 5. § 15. D. 13. 6.

(2) A este concepto se refiere el notabilísimo pasaje de Ulpiano, fr. 5. D. 45. 3: *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus*,

por tanto, una parte individual de la cosa, porque en tanto dura la indivisión la individualización no tiene lugar; es una parte meramente conceptual que se individualiza y concreta cuando se procede a la división.

Contra este concepto fundamental se han hecho diversas objeciones. Si se concibe objeto del derecho de cada condómino una fracción física de la cosa, es innegable que la teoría es falsa porque cuando no se pueda proceder a la división material y se asigne la cosa a uno sólo o se venda, lo que corresponderá a los demás partícipes en el primer caso, a todos en el segundo, será el valor de la cuota y no una parte material de la cosa. Si, por el contrario, se considera objeto el derecho real de propiedad, de modo que sea éste el que se divida entre los condóminos y no la cosa, se llega a suponer que cada condómino tenga en su patrimonio una fracción del derecho, pero resulta difícil explicar cómo siendo el derecho fraccionado corresponda a cada titular un poder general sobre la cosa entera.

La teoría moderna parte, por el contrario, del principio de que la cuota no representa ya el objeto del derecho correspondiente a cada condómino, sino la razón o proporción, según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o a cargo de los partícipes. El derecho de cada uno se refiere y afecta a la cosa toda, no sólo a una fracción de la misma; cada uno tiene un derecho cualitativamente igual al de los demás, puesto que cada uno es propietario y sólo difieren cuantitativamente cuando resulte diversa la proporción en que cada uno concurre. Contenido del derecho de condominio es, pues, la propiedad de la cosa entera, pero como el derecho de cada uno con las facultades inherentes a él, debe coexistir con el de los demás una limitación viene fijada por tal concurrencia. En otros términos, el condominio es, como con frase expresiva, dice Scialoja (1), una relación de igualdades que se limitan recíprocamente; una rela-

sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore.

(1) *La proprietà*, pág. 312; *L'actio ex stipulatu* (*Arch. giur.*, XXX, 1883, pág. 184).

ción de equilibrio, que hace posible la coexistencia de derechos iguales en la misma cosa, limitando en cada uno la facultad de goce y de disposición, cuanto exigen las mismas facultades en los demás.

Cuál de entre estas dos teorías (de otras que contienen modificaciones parciales de éstas, no nos ocuparemos) (1) haya seguido el legislador italiano, es muy discutido. Más fundada es la opinión de los que afirman que se ha inspirado en la doctrina tradicional, y en apoyo de esta afirmación se cita el art. 679: «cada partícipe tiene la plena propiedad de su cuota y de los frutos y utilidades de ésta». Que es más todavía si se considera la disposición (derivada del Código francés) relativa al valor jurídico de la división hereditaria que en nuestro derecho es declarativa y no atributiva de la propiedad (art. 1.034); hay que reconocer que aquí hallamos huellas de la concepción que hace objeto del condominio fracciones físicas de la cosa: cada coheredero se reputa sólo e inmediato sucesor en todos los bienes que componen su cuota, entendiendo que jamás ha tenido la propiedad de los demás bienes hereditarios (2).

(1) Notable es la sostenida ya por Luzzatto, op. cit., y por Carnelutti, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione* (*Studi di Dir. civ.*, pág. 115 y siguientes). Según la cual, en el condominio es titular del señorío la colectividad de condominos que forma como tal un sujeto distinto de los individuos singularmente considerados. Pero este concepto de la *Universitas*, propio del derecho germánico, ¿es aplicable al italiano? Más justa es la idea defendida por algunos romanistas (ver Bonfante, *Ist. Dir. rom.*, 8.^a ed., pág. 291; *Riv. Dir. civ.*, I, 1909, página 289 y siguientes; Fadda, *Consortium collegia magistratum communio* en los *St. per Brugi*, pág. 141 y siguientes; pero vivamente refutada por Perozzi, *Ist. Dir. rom.*, I, pág. 475, núm. 1; *un paragone in materia di comproprietà* (Melanges Girard, París 1912) de que en el condominio (se considera en el derecho romano) ve un aspecto que recuerde lo que en la esfera pública viene representado por la colegialidad de los poderes soberanos y este aspecto se combina con el otro, en el cual cada condomino tiene un poder independiente sobre la cosa. Lo cual aclara la naturaleza y particular energía del *jus prohibendi* conferido a cada condomino contra los actos de innovación emprendidos por los demás en la cosa común.

(2) Sobre el origen histórico de este principio y sobre el valor efec-

Contra esta figura del condominio (como quiera que se construya teóricamente) que se caracteriza porque la cosa pertenece por partes a los condóminos de modo que el derecho de cada uno se mide por la respectiva cuota, hay otra que se distingue netamente de ésta y que es ofrecida por la concepción germánica de la copropiedad. Designada la primera en la tradición escolástica con el nombre de *condominiun juris romani*, se suele llamar a la segunda *condominium juris germanici* y consiste en una especial organización del condominio, de modo que todos los condóminos forman una colectividad, perdiendo en ella la individualidad como titulares independientes. La cosa pertenece a la colectividad, no a los individuos singularmente, pero en virtud del vínculo corporativo, cada uno tiene sobre ella derechos y facultades de goce con mayor o menor extensión, según la particular naturaleza del vínculo. La propiedad colectiva o comunidad de manos reunidas, según la expresión germánica (*Gesamteigentum, gemeinschaft zur gesammten Hand*), asume formas y contenidos diversos, según los tipos de organización; pero ofrece siempre, como carácter fundamental, en que mientras la cosa pertenece a varios conjuntamente, a ninguno de los miembros del grupo corresponde la propiedad de una cuota, ya sea real, ya intelectual. Es, en suma, la mano común una copropiedad sin ideal división en cuotas, en la cual cada partícipe tiene un derecho parcial de goce, sin que le corresponda señorío alguno sobre parte determinada de la cosa ni real ni ideal en tanto dura la comunidad (1). De lo cual se deriva que, mientras en el condominio del Derecho romano corresponde a cada uno para la efectividad de sus cuotas la acción de división (*actio communi dividundo*) en ésta falta tal acción porque faltan también las cuotas.

tivo que en nuestro derecho tiene, se tratará en lugar oportuno a propósito de la sucesión hereditaria.

(1) Ver Stobbe: *Handbuch d. deut. Privatrechts*, II, §§ 81, 82 y siguientes; *Miteigentum und gesammte Hand* (*Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, IV, página 207 y siguientes); Beseler, *System des gem. deut. Privatrechts*, II, § 83; Gierke, *Genossenschaftrecht*, II, pág. 170 y siguientes; Crome, *System des deut. bürg. Rechts*, III, pág. 420; Dunker, *Das Gesamteigentum*, Marburg, 1843.

Que tal concepción germánica es extraña a nuestro condominio, está fuera de duda. No se organiza el condominio de los socios en la sociedad, de los cónyuges en la comunidad de bienes, de los coherederos en la herencia común, como ocurre en el derecho alemán, según el tipo de una propiedad colectiva y corporativamente, sino según el del condominio romano, es decir, como propiedad dividida en cuotas ideales. Sin embargo, hay figuras peculiares de propiedad colectiva en nuestro Derecho, a las cuales es aplicable la concepción germánica, por lo menos dentro de ciertos límites. Como ha observado muy justamente Filomusi, es aplicable tal concepción a aquellos dominios colectivos que han sobrevivido en muchas provincias italianas y a los aprovechamientos comunes donde se puede hallar una especie de organización de partícipes, según el modelo corporativo (1). Las reglas que rigen el condominio de tipo romano, según el Código civil, son el resultante del equilibrio en que los derechos cualitativamente iguales de los partícipes deben ser mantenidos para que coexistan. Las expondremos brevemente. Pero como la facultad que, por regla general, corresponde a cada condómino de pedir la división, falta en algunas especies de copropiedad y cuando falta la disciplina de la relación, resulta profundamente modificada, conviene distinguir el condominio ordinario del condominio con indivisión forzosa.

I. *Comunidad ordinaria.*—El principio fundamental en torno al cual giran todas las reglas particulares, es que cada condómino tiene la facultad de usar y de gozar de la cosa dentro de los límites fijados por la concurrencia de los demás. El límite o medida del derecho, vienen dados por la cuota, es decir, por la razón en virtud de la cual cada uno puede apropiarse las utilidades de la cosa (y eventualmente su valor cuando el condominio cese), teniendo obligación de soportar sus cargas o gravámenes.

(1) Ver Ferrara, *Tracce della comunione di Dir. germ. nel Dir. italiano* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, pág. 498 y siguientes), el cual, además de en los dominios colectivos, aprovechamientos comunes, participaciones, etcétera, halla en la comunidad de bienes de los cónyuges una aplicación de la mano común germánica.

Esta cuota puede ser distinta según el número de partícipes (si concurren en partes iguales son tanto más pequeñas cuanto mayor es el número de aquéllos) o según el título en virtud del cual cada partícipe concurre (si concurren los partícipes en partes desiguales), y como cuando el título nada dispone es igual la energía del derecho de cada uno, igual debe ser también la recíproca limitación y de aquí la consecuencia de que las cuotas se presumen iguales hasta prueba contraria (art. 674) (1).

De aquel principio general derivan todas las restricciones que, naturalmente, sufre el derecho de cada condómino con relación a las amplias e ilimitadas facultades del dominio individual, restricciones que determinan en los demás partícipes, no sólo un poder de impedir los actos lesivos de su derecho, sino también un poder meramente negativo (*ius prohibendi*) de oponerse a toda innovación que se intentase hacer en la cosa común.

Esto significa que mientras hay actos de goce y de disposición, a que cada condómino resulta autorizado en virtud del propio derecho en cuanto están contenidos en la esfera de su cuota, hay otros, por el contrario, que en cuanto afectan a la cosa en su totalidad no pueden efectuarse sino con el consentimiento de todos los condóminos; pero entre los primeros y los últimos se colocan algunos en los cuales no se estima necesario el asentimiento unánime de los titulares y se considera suficiente el de la mayoría. Puede facilitar la sistemática ordenación de las varias normas el distinguir los actos que se realizan durante la indivisión de aquellos que se dirigen a disolver la comunidad y entre los primeros aquellos que están permitidos a cada uno de los que son prohibidos.

a) *Goce y administración de la cosa común.*

a) Cada uno de los condóminos tiene el derecho de gozar y disponer libremente de la cosa en la medida de su respectiva cuota. Esto implica:

(1) Esta presunción puede destruirse con cualquier medio de prueba; ver Ramponi, *Ammissione di prova contrarie alla presunzione di uguaglianza delle quote nella comunione* (Corte d'appello, 1918, núms. 1-2; 1920, número 2).

1) Que tiene el derecho de apropiarse los frutos y, en general, los productos, ventajas o incrementos de la cosa en proporción a su cuota (art. 674).

2) Que puede libremente enajenar su cuota, hipotecarla, ceder su goce a un tercero, sin que los demás puedan oponerse a la sustitución de un titular en lugar del primitivo (art. 679)(1). La única restricción que aquí es posible es determinada por la naturaleza personal que tenga el derecho de coparticipación, ya que si éste va unido a las cualidades personales de un socio de la comunidad, no es posible sustitución de tercero. Deriva de la naturaleza de la cuota la consecuencia que la enajenación no afecta a una parte físicamente determinada de la cosa; lo mismo que el derecho del partícipe, así también el del adquirente o acreedor hipotecario se concretará en una parte real cuando se haya procedido a la división y precisamente en la parte que vendrá a corresponder al partícipe (art. 679). De aquí la consecuencia de que la enajenación será ineficaz, si con la división resulta el derecho del alienante concretado en un valor representativo de la cuota y no en una parte de la cosa. Por esto precisamente la ley confiere expresamente a los acreedores y cesionarios de un partícipe el derecho de intervenir en la división y de oponerse a aquella que se verifique sin su concurso (art. 680).

3) Que puede servirse de la cosa común con tal que la emplee según su destino y precisamente según el destino establecido por el uso (art. 675).

En correspondencia con las facultades de uso y disfrute, tienen los condóminos la obligación de soportar los gravámenes y las cargas que derivan de la cosa y la de contribuir a los gastos necesarios para su conservación, proporcionalmente a la medida de la cuota (artículos 674 y 676). A este deber de cada uno corresponde el derecho de los demás a constreñirlo a contribuir; pero cada obligado puede substraerse a tal obligación con el abandono de su cuota; la *derelictio* que haga valer como

(1) Con mayor razón debe serle reconocida la facultad de renunciar a su derecho de copropiedad, sin embargo, puede venir limitada por el pacto de subsistir en la comunidad a tenor del art. 671 del Código civil

renuncia de su derecho y cuando éste desaparece es natural que cese la obligación correspondiente (1).

β) Cuando el ejercicio de las facultades, por parte de uno sólo produjese colisiones con las facultades de los demás, la ley fija prohibiciones con respecto a cada uno y el poder de disposición viene atribuído a la mayoría o a la totalidad.

Resulta prohibido al particular:

1) El servirse de la cosa común contra el interés de la comunidad o de modo que impida a los demás partícipes el servirse de la cosa según su derecho (art. 675).

2) El decidir por sí sólo de la suerte de la cosa y tener su régimen y administración. Interesados se hallan todos los condóminos en que la cosa no sólo se conserve, sino que aumente en sus rendimientos lo más posible.

Ahora bien, entre los dos sistemas concebibles abstractamente, como resultado de la equitativa conciliación de ambos intereses, esto es, el de conferir a todos conjunta e indistintamente la administración o conceder predominio a la voluntad de aquellos que representan la mayoría patrimonial, la ley ha elegido con acierto este último. El art. 678 declara decisivos para la administración y mejor disfrute de la cosa común los acuerdos de la mayoría de los partícipes, que son obligatorios para la minoría discrepante. Y por mayoría se entiende (como explícitamente se declara en el Código), no la numérica de los titulares, sino la constituída por la mayor suma de intereses; se debe, en otros términos, tener en cuenta las cuotas y no las personas de modo que predomine el voto de aquéllos que con sus cuotas representen más de la mitad del valor de la cosa, aun cuando numéricamente sean menos que los discrepantes. Sin embargo, ni la minoría está por completo despojada de toda garantía, ni resulta imprevisto el caso de que no llegue a formarse

(1) El derecho de abandono tiene una amplia aplicación a más de en el caso de comunidad (artículos 549, 561 y 676); así, por ejemplo, en materia de servidumbres, de enfiteusis, etc. Es un medio liberatorio de obligaciones que se funden en la relación de propiedad o de posesión de una cosa, es decir, para las obligaciones *propter rem*; ver Claps, *L'abbandono liberatorio nel Dir. civ. it.*, Torino, 1897.

una mayoría; si ésta falta, o si su decisión resulta gravemente perjudicial a la cosa común, puede a instancia de cualquier interesado, provocarse la intervención de la autoridad judicial, que dictará las providencias oportunas y podrá nombrar un administrador.

3) El hacer innovaciones en la cosa común, aun cuando resulten ventajosas para todos, si los otros no las consienten (artículo 677). El sistema aquí adoptado es opuesto al seguido para la administración; se requiere para hacer innovaciones el consentimiento de todos los partícipes, y la oposición de uno solo, por exigua que sea su cuota, basta a impedir las, aun cuando los demás estén conformes y la ventaja sea común. Se explica que este *ius prohibendi* conferido a cada condómino sea tan enérgico que paralice la voluntad de los que representan intereses mayores, si se considera que el hacer innovaciones en la cosa significa modificarla en el uso a que es destinada, alterar su esencia o transformar su naturaleza, lo cual no puede ser consentido a nadie en cosa que es simultáneamente objeto de la propiedad de los demás (1). Qué debe entenderse por innovación, es cosa muy discutida, fuera de los casos más limitados y seguros, como

(1) De aquí el famoso aforismo *in pari causa melior est conditio prohibentis* sacado de un texto romano en que se pone de manifiesto la energía del *ius prohibendi*; Papiniano, fr. 28. D. 10. 3: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posses. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; iure enim pari potiore causam esse prohibentis constat.* El modo como hay que entender este derecho de prohibición es en el sentido que hasta que quien no consiente la innovación, no se oponga, los otros condóminos pueden actuar en la cosa innovando o modificando; no es necesario en otros términos un consentimiento previo de todos para que se pueda actuar en tal manera sobre la cosa, debiendo quien se oponga entablar la prohibición; a falta de la cual la actuación de los demás es legítima. Esto sienta la continuación del citado fragmento *Sed et si in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit; et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit.* Así precisamente Fadda, y contra él Perozzi en los escritos citados en la nota 7 del § 51. Con Fadda también Pacchioni, *Il ius prohibendi del condómino iu due rec. pubblic.* (Riv. Dir. comm., 1912, X, 1, pág. 1.030 y siguientes) y *Corso Dir. rom.*, II, pág. 328.

el de la transformación en edificio industrial de una casa-habitación, de un naranjal en viñedo, etc. Actos de gestión ordinaria que tienden a conservar la cosa, a mejorarla o a aumentar el rédito, no entran en el concepto de la innovación; tampoco entran, quizá, los actos de gestión extraordinaria. En general, debe entenderse por innovación todo acto dispositivo o de gestión que modifique substancialmente el estado de hecho o de derecho de la cosa de modo que después de él la cosa no puede decirse que sea como antes era (1).

b) *División.*

Si el estado de comunidad sólo puede regirse mediante un complicado sistema de limitaciones las cuales no siempre consiguen eliminar las contiendas (2), es natural que la ley (cuando la indivisión no venga impuesta por la naturaleza misma de las cosas, destinadas perpetuamente al servicio de propiedades diversas) lo considere como una situación transitoria y favorezca su cesación. De tal estado se sale con la división y corresponde a cada condómino el derecho de pedirla en cualquier momento (art. 681), derecho imprescriptible que no se extingue por duradera que sea la comunidad, porque nadie puede ser constreñido a permanecer en ella, y que no es renunciable. Por tanto, no es válido el pacto de permanecer en comunidad indefinidamente, como sería igualmente inválida la prohibición del testador a sus herederos de proceder a la división. Sin embargo, por la especial utilidad que los copárticipes hallen en mantener unida la gestión de la cosa; se autoriza el pacto que obliga a los condóminos a permanecer en comunidad por un tiempo determinado; y para proteger a los herederos menores que por una división operada durante su menor edad podrían venir perjudicados, se admite también la prohibición de dividir por un cierto tiempo

(1) Sobre el concepto y sus aplicaciones Vitta-Levi, *Tratt. della comunione dei beni*, II, pág. 234 y siguientes; Paternó Castello, *La comunione dei beni*, núm. 78; Fadda, *Il concetto d'amorazione nel art. 677, c. c. italiano* (*Foro it.*, 1899, pág. 1.065 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, página 451 y siguientes.

(2) Paulo, fr. 26. D. 8. 2. *...itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit*

impuesta por el testador. Pero el pacto de indivisión no puede establecer un tiempo superior a diez años (art. 681, párrafo 1.º), y la prohibición testamentaria de proceder a la división, admitida solamente cuando todos los herederos instituidos o algunos de ellos sean menores de edad, no puede extenderse más allá de un año luego de la mayor edad del último de ellos (art. 984). Esto, no obstante, predomina siempre sobre el pacto y sobre la disposición testamentaria la razón de la división; ya que en uno y otro caso, cuando graves y urgentes circunstancias lo exijan, puede siempre la autoridad judicial, a instancia del interesado, ordenar la disolución de la comunidad antes del tiempo del convenio (artículos 681, párrafo 2.º; 984, párrafo 1.º) (1).

Dos formas de división son posibles: la amistosa, cuando todos los partícipes de acuerdo proceden a ella, y la judicial, si falta el acuerdo y se ejercita por uno de los comuneros la *actio communi dividundo* (2). Las reglas aplicables a esta última (y que rigen cuando falta una regulación acordada voluntariamente por los interesados) son dictadas por el Código a propósito de la división de la herencia (artículos 986 y siguientes); pero por expresa disposición del art. 684 se declaran aplicables a las divisiones entre copartícipes de toda comunidad en general. Dejando por ahora las propias de la división hereditaria, los principios fundamentales que la presiden pueden resumirse en los siguientes:

1) Puede cada uno de los condóminos pedir en especie la parte de la cosa común (art. 987), y si no pueden asignarse partes exactamente correspondientes a la cuota de cada uno, debe la desigualdad ser compensada con equivalentes de rentas o dinero (art. 995).

2) Al proceder a la división debe evitarse en lo posible desmembrar los fundos y causar con ellos daño a los cultivos, y cuando haya varios bienes en comunidad debe procederse de

(1) Un interesante estudio sobre el pacto de indivisión con especial referencia al derecho romano, es el de Goubeaux, *Etude sur la clause d'indiv. forcée et perpetuelle en dir. civ. fr.*, París, 1910.

(2) Véase sobre esta acción Albertario, *Lo svolgumento storico sell'actio communi dividundo*, Pavía, 1913.

modo que cada uno de los copartícipes, hasta donde sea posible, tenga en su cuota una misma cantidad de muebles, de inmuebles, de derechos y de créditos de igual naturaleza y valor (artículo 994).

3) Si la cosa común no puede dividirse convenientemente (y no se trata de aquellas que dividiéndose dejarían de servir al uso a que están destinadas, para las cuales no puede pedirse la disolución de la comunidad), puede cada condómino pedir su venta (artículos 988 y 473) cuando no se repute más conveniente hacer la asignación íntegramente a uno de ellos.

Si este último caso se verifica, debe el adjudicatario indemnizar a los otros con cantidades equivalentes a sus cuotas. Cuando ninguno de ellos quiera recibir la cosa íntegramente y se proceda a su venta, el precio se distribuirá entre los partícipes proporcionalmente a sus cuotas.

4) Efectuada la división, el efecto que produce es que la parte de la cosa asignada a cada uno se considera como de su propiedad exclusiva desde el momento en que adquirió el condominio, considerándose que le corresponde en ella el pleno y exclusivo dominio, incluso durante el estado de indivisión (artículo 1.034). Este efecto, que se expresa diciendo que la división tiene efecto declarativo y no traslativo de la propiedad (a diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, en el que la división tenía el mismo valor que la enajenación, derivado a nuestro Código, a través del francés, del Derecho más antiguo), hace que todos los actos de enajenación realizados por un condómino durante la indivisión sean válidos en tanto la cosa afectada por el acto dispositivo le haya correspondido al dividir (1).

Una forma particular de extinguirse la comunidad no siendo ilimitada la facultad de disolverla, es el derecho conferido al condómino llamado de receso o separación en la comunidad de pastos. El pasto recíproco o la *vaine pâture*, según la terminología francesa, es el derecho recíproco que tienen los propietarios de inmuebles en algunas regiones de mandar a pastar el ganado en sus terrenos después de levantadas las cosechas y antes de

(1) Ver en el vol. II el § sobre la comunidad hereditaria.

proceder a la nueva siembra. Derivado de las antiguas costumbres y establecido entre los miembros de un Municipio o de una asociación de hecho, el pasto recíproco origina una comunidad en que cada comunero goza de los terrenos de los demás para apacentar el propio ganado y está obligado a sufrir que el ganado de los demás pascen en sus propios terrenos.

Ahora bien; cuando un título no haya dado lugar a la constitución de una verdadera y propia servidumbre, la *servitus pas-cendi*, puede cada uno de los comuneros separarse de la comunidad liberando el propio fundo del pasto ajeno y perdiendo, correlativamente, el derecho al pasto en los fundos ajenos. Esta separación, que, según la legislación francesa (1), se opera cercando el propio fundo, tiene lugar en la nuestra mediante formal denuncia a la administración municipal, que la fijará en el tablón de anuncios del Ayuntamiento. Y puede tener lugar total o parcialmente. Quien quiera separarse de la comunidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 682, debe solicitarlo un año antes y al final del año perderá su derecho a apacentar ganados en fundos ajenos proporcionalmente al terreno que sustrae al uso común.

Como decíamos, el derecho de separación no es absoluto e incondicional; la facultad de ejercitarlo puede ser negada al particular por el predominio del interés público sobre el privado cuando un grave y evidente motivo de interés general del Municipio en que están situados los terrenos, no permita sustraer a la comunidad de pastos las tierras todas que son precisas a ésta.

II. *Comunidad forzosa*.—De las reglas examinadas, son totalmente inaplicables las relativas a la división cuando se trate de cosas que si se dividiesen dejarían de servir al uso común a que son destinadas; las otras, con ciertas modificaciones, son, por regla general, aplicables. Entonces se tiene la comunidad forzosa o copropiedad con indivisión forzosa; lo cual ocurre, no cuando una cosa sea simplemente indivisible por *naturaleza* (porque a la indivisibilidad natural vendría a suplir la división civil mediante la venta y el consiguiente reparto del precio), sino

(1) Ver Planiol, *Traité I*, núm. 2 340 y siguientes; Zachariae, *Man. I*, página 452.

cuando se trate de pertenencias destinadas al servicio de propiedades diversas y separadas o bien de paredes, muros, setos vivos o zanjas divisorias de dos fundos o edificios. Esta última especie de cosas necesariamente comunes cuyas reglas son agrupadas por los escritores franceses en la doctrina del *droit de mitoyenneté*, vienen reguladas con las demás en los artículos 546 569 de nuestro Código, y ya se dijo en su lugar oportuno que era incorrecta, científicamente considerada, su colocación en el título de las servidumbres legales.

De las normas acogidas por el Código, tienden unas a establecer presunciones de comunidad de muros, zanjas o fosos, setos vivos divisorios; otras a hacer posible la adquisición de la comunidad; otras a disciplinar el uso entre los condóminos y, finalmente, un cuarto grupo se refiere a una forma especial de la comunidad que puede decirse anómala y que se dá en el condominio de un edificio cuyos pisos pertenezcan a diversos propietarios.

a) *Presunciones*.—Todo muro o pared que separe dos edificios o que divida patios, jardines, apriscos o corrales, se presume en propiedad comun, en toda su altura, de los propietarios de los edificios, áreas o campos separados (art. 546). Si es diversa la altura de los edificios, se presume común hasta el punto común de elevación. Que si el muro es divisorio de dos fundos, uno superior y el otro inferior, sirviendo de apoyo o sostén al superior, se presume común desde el plano del fundo superior hasta el remate del muro, y no en su parte inferior, que comprende desde aquel plano a los cimientos del muro que sirve para sostener y no para dividir (art. 560).

Tal presunción puede ser excluída, o por un título contrario que pruebe la propiedad exclusiva de uno de los dos vecinos, o por signos exteriores en el muro o pared, que originan una presunción contraria. Estos signos son la albardilla del muro mismo o los saledizos, como ménsulas, cornisas, huecos practicados a más de la mitad del espesor del muro. Cuando exista alguno de estos signos, la propiedad se presume exclusiva de aquel a cuyo lado se presentan (art. 547, párrafo 1.º). Si se ofrecen por ambos lados es natural que se destruyan recíprocamente y surja de

nuevo la presunción de la comunidad (art. 547). Los fosos o zanjas entre dos fundos se presumen comunes, cualquiera que sea su amplitud y su destino, ya sirva de separación, ya para que discurren las aguas. Pero también en este caso la presunción puede excluirse por un título contrario o por signos que indiquen propiedad exclusiva (art. 565). Y signos contrarios son el hallarse en una sola parte acumulada de tres años la tierra procedente de su limpieza (art. 566) o el destinarse a recoger las aguas sobrantes de las tierras de uno sólo de los vecinos (artículo 567); la propiedad en tales casos es exclusiva de aquel a quien la zanja sirve de desagüe o de cuya parte está amontonada la tierra. Todo seto entre dos fundos se presume común (art. 568) y comunes también los *árboles* que nacen en el seto común (artículo 569). Cesa también la presunción si hay título o prueba en contrario y cuando el seto o cerca cierra uno sólo de los dos fundos, porque en tal caso sirve solamente a un propietario y no a los dos.

b) *Adquisición de la comunidad.*—Si el muro o pared no es común, el propietario del fundo contiguo puede hacerlo común cuando no diste más de metro y medio del límite y puede hacerlo común en todo o en parte, con tal que lo haga para toda la extensión de su propiedad. La adquisición del condominio se efectúa mediante el pago de la mitad del valor del muro y de la mitad del valor del suelo sobre el que el muro está construido (artículo 556) (1). Común puede también ser hecho el muro o pared elevados a expensas de uno sólo sobre un muro o pared común, pagando la mitad del coste de la elevación (art. 555). Este derecho, para cuyo ejercicio el vecino no necesita acreditar

(1) Para la adquisición de la comunidad precisa una manifestación de voluntad del propietario del fundo contiguo acompañada del pago del precio. Con ello se impone coactivamente al propietario del muro, la cesión del condominio; pero la obligación de consentir no excluye el carácter contractual del acto de cesión. No hay duda, por consiguiente, de que la convención que actúa, la comunidad debe ser consignada por escrito a tenor del art. 1.314; ver Ascoli, *La comunione coattiva del muro divisorio e la forma del relativo accordo* (*Foro it.*, 1017, I, pág. 1.037 y siguientes).

un interés especial en la adquisición de la comunidad, y que constituye, como se vió ya, una verdadera limitación legal de la propiedad, no se dá en orden a las zanjas y fosos, ni con relación a los setos que se extienden a lo largo del límite y que pertenecen a uno sólo de los vecinos.

c) *Uso*.—Cuando el muro o pared, la zanja, el seto o cerca, el árbol, sean comunes, se establecen especiales limitaciones a la acción de cada condómino, para que la cosa pueda servir a ambos igualmente. Prescindiendo de la obligación que ambos tienen de contribuir a los gastos de reparación y de conservación del muro en proporción al respectivo derecho (artículos 548, 559 y 560), obligación a la que puede sustraerse cada uno renunciando a la comunidad, con tal que el muro no sirva de sostén o apoyo a su edificio (artículos 549 y 561), puede cada uno de los dos servirse del muro en tanto su uso no excluya o sea incompatible con el uso igual en el otro.

Puede, por tanto, apoyar en él su propio edificio, introducir vigas hasta cierto límite, elevar un nuevo muro, con tal que el primitivo pueda sostener la elevación (artículos 551-554); pero no puede permitir que otro se sirva del muro para introducir en él vigas, practicar huecos, apoyar nuevas construcciones que no pueda resistir, acumular tierra, estiércol, maderas y otras materias, siempre que con tales actos, por la humedad, el peso y la elevación excesiva o de otro modo, se pueda causar perjuicio al muro (artículos 551, 553, 557 y 558). También es a expensas de ambos la conservación de la zanja y seto comunes (artículos 565 y 568). También aquí es aplicable la forma de eludir tal obligación renunciando al propio derecho. En cuanto a los árboles, si crecen en el seto común, cada uno de los propietarios puede pedir que sean cortados, pero los que crecen en la línea de confín y sirven de límite, no pueden talarse si no es con el consentimiento de ambos, o aun habiendo disentimiento cuando la autoridad judicial reconozca la necesidad de su corte (art. 569).

d) *Propiedad de los pisos de un edificio* (1).—Cuando los

(1) Ver Coppa-Zuccari, *La proprietà dei singoli piani di un edificio* (*St. per Scialoja*, I, pág. 737 y siguientes); Ascoli, *Il diritto dei proprietari di casa in rapporto con la proprietà del suolo* (*Foro it.*, 1891, pág. 207 y si-

pisos de un edificio pertenezcan en propiedad a varios (1), se produce una relación de naturaleza muy discutida y compleja. Hay aquí, en efecto, una propiedad separada en cuanto que cada uno es propietario exclusivo de su piso y hay una comunidad en lo relativo a las partes de un edificio, que son de uso común, como escaleras, pozos, puertas, entrada, paredes maestras, tejado. Pero la comunidad es negada por algunos respecto a las paredes maestras o también respecto a las demás partes del edificio, concibiéndose separada su propiedad, aunque sujeta a limitaciones. Nosotros creemos que aquí se da una comunidad forzosa si bien de naturaleza especial; que es especial y compleja la relación lo demuestran los criterios adoptados por el Código en los artículos 562 y 564 para regular el uso de la cosa y la distribución de los gastos (2) (3).

güentes); Coviello, *Natura dei rapporti tra le proprietà dei vari piani d'un edificio* (*Foro it.*, 1893, pág. 105 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist. III, I* página 493 y siguientes, n. t.; Benettini, *Le case divise in piani* (Legge, 1911, página 1.917). Sobre la cuestión de si en el caso de un edificio de varios pisos pertenecientes a diversos propietarios destruido por vetustez o caso fortuito pueden ser aquellos obligados a los gastos de reconstrucción, ver Coviello, *L. en Giur. it.*, 1900, I, pág. 499 y siguientes, ver también Fioretti, *Questioni intorno alle riparazioni di edificio ecc.*, en *Giur. it.*, 1901, I, pág. 315.

(1) Al Derecho romano fué desconocida esta forma de propiedad, dado el riguroso principio de la accesión (*quod inaedificatur solo cedit*) que excluía la propiedad dividida por planos horizontales. Sin embargo, el rigorismo de tal principio fué templado por el reconocimiento del derecho de superficie. Vestigios de propiedad de edificios dividida en pisos se hallan en otros derechos antiguos; ver Cug, *Une statistique de locaux affectés a l'habitation dans la Roma imperiale*, París, 1916.

(2) El art. 5 del Real decreto de 1.º de Septiembre de 1920, número 1.283, extiende a los territorios de la Venecia, Julia y Trisentina, los artículos 562-564 del Código civil consintiendo la división de la propiedad por pisos de las viviendas y locales destinados a habitación con tal que sean de nueva construcción; con esto se derogó la legislación austriaca que allí regía (ley de 30 de Marzo de 1879) según la cual no podía adqui-

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. - *Comunidad y condominio.* - También en nuestro Código resulta formulada una teoría general en materia de comunidad de bienes. Ver artículos 392 a 406. A estas normas es forzoso acudir a falta de disposiciones voluntarias o legales en las comunidades especiales. La regulación del condominio tiene en nuestro Código la mis-

§ 52.—*Modos de adquisición de la propiedad*

Brugi, Ist. § 41; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 358; Chironi, Ist. I, § 129; Filomusi, Dir. réali, §§ 51-52; Zachariae, Man. I, § 184; Aubry et Rau, Cours. II, § 200 bis; Planiol, Traité I, núm. 2.557 siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 170-171.

Hasta aquí se ha tratado de la propiedad, presuponiendo el señorío de la cosa encarnado ya en un titular. Hay que averi-

rirse un derecho de propiedad independiente en cada uno de los pisos de un mismo edificio; ver Ascoli en *Riv. Dir. civ.*, 1920, pág. 389. Especiales normas para la regulación de los derechos de condominio han sido dictadas por el texto único de 12 de Octubre de 1913, núm. 1.261 de las leyes dictadas a consecuencia del terremoto de 28 de Diciembre de 1908 (artículo 256 y siguientes) En él se resuelve la cuestión de la participación de varios condóminos en la reconstrucción de un edificio común destruido.

ma inspiración clásica que en el italiano; y así el artículo que cita el autor en prueba de su aserto, concuerda con el 399 del español; y también en el nuestro como en el italiano—en este extremo más liberales que otros—puede todo condueño enajenar, ceder e hipotecar su parte y aun sustituir otro en su aprovechamiento. En uno y otro los efectos de la división son meramente declarativos (art. 399).

La doctrina general contenida en ambos Códigos, coincide esencialmente. Viene caracterizada por la concurrencia de varios en el ejercicio del derecho, radicando en realidad en todos el derecho perfecto y siendo interdependientes los derechos de los cotitulares. El derecho de uso que a cada uno asiste hay que entenderlo en sentido estricto, no como disponibilidad general de la cosa sino simplemente como empleo de la cosa conforme a su destino de manera que no sea contrario ni lesivo a los intereses de la comunidad ni incompatible con igual derecho de los otros comuneros. Externamente el derecho de cada uno produce la impresión del dominio normal, cuyos atributos característicos reviste (acciones reivindicatoria y negatoria) en su interior consiste solo en el *jus prohibendi*.

Determinados actos los puede realizar cualquiera de los comuneros sin más que su voluntad (artículos 394, 399 y 400); para otros es menester el consentimiento de la mayoría, entendiéndola en el sentido de mayor participación económica y cuando no pueda obtenerse o sea gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común proveerá el Juez a instancia de parte, lo que corresponda, incluso a nombrar un administrador (art. 398), y finalmente para otros es menester el consentimiento de todos los condóminos (art. 397).

Entre las comunidades especiales se pueden citar la llamada servidumbre de medianería, la que nace del pacto de comunidad de bienes en la sociedad conyugal, la sociedad de gananciales, la sociedad familiar en Asturias y Galicia, la sociedad continuada en Aragón (art. 53 del Apéndice foral), la comunidad de esposos en Vizcaya, los pactos de facería de

guar ahora cómo surge en el sujeto y en virtud de qué hechos el derecho de propiedad se adquiere.

Llamamos modos de adquirir la propiedad aquellos hechos jurídicos a los cuales la ley reconoce la virtud de hacer surgir el dominio en un sujeto. Estos pueden ser de distinta naturaleza, pero es posible agruparlos en categorías a base de los elementos comunes que los distintos modos ofrecen. Se puede partir de la idea más clara: que todas las cosas en un determinado momento o están ya en propiedad de alguien o no lo están y que el derecho de cada uno se adquiere en cuanto es transmitido a él de un titular anterior o es en él originario e independiente de toda relación con los demás. A esta idea corresponde la distinción entre *modos originarios* y *modos derivativos* de adquirir. Entre los primeros figura, ante todo, la ocupación, la cual recae en cosas que no son de nadie, llegando a ser dueño de ellas quien primero entre en su posesión; también se incluye el hecho de que una cosa fructífera produzca nuevas cosas, las cuales entran

Navarra, la comunidad de herederos y la comunidad de un edificio cuyos pisos pertenezcan a distintos propietarios. El Código civil español regula esta comunidad especial en el art. 396. Su especialidad viene acusada por la circunstancia de coexistir una propiedad común (como es la de la escalera, paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común) con una propiedad normal que tiene un objeto material y concretamente determinado (la de los pisos que corresponde a cada uno de los distintos partícipes). Pero no es tanta esta especialidad que destruya su carácter de comunidad que en nuestro Código resulta más claro que en el francés y en el italiano (art. 562) ya que estos sitúan esta comunidad entre las servidumbres y el art. 396 de nuestro Código que la regula está colocado entre los referentes a la comunidad de bienes. Además este criterio viene confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la sentencia de 17 de Abril de 1896 reconoce el derecho de retracto a los dueños de los distintos pisos de la casa que tiene comunes los elementos antes citados y la de 18 de Marzo de 1897 proclama la doctrina de que el caso del art. 396 es una verdadera comunidad.

División.—Siendo la comunidad un estado contrario al modo normal de ser la propiedad, el Código admite con amplitud la división y atribuye a cada uno de los copropietarios el derecho de pedirla en cualquier tiempo (art. 400). Esto no obstante será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años; plazo que puede prorrogarse por nueva convención. Concuerdan este artículo con el 681 del Código italiano que añade a lo consignado que la autoridad judicial cuando graves y urgentes circunstancias lo requieran, puede ordenar la división de la cosa común antes de que transcurra el plazo convenido.

Los artículos 984, 986, 684, 987, 994, 988 y 1.034 del Código italiano citados en el texto, concuerdan con los 1.051, 1.052, 1.059, 1.061, 1.062, 1.063, 1.067 y 406 del Código español y los 546 a 569 con los 571 a 579.

a ser objeto de la propiedad de quien es dueño de la cosa madre o tiene sobre ella un derecho de goce o posesión (adquisición de frutos), el hecho que a una cosa se una otra por incorporación o por unión, de modo que la cosa unida sea propiedad del dueño de la otra (accesión); el hecho que a materia ajena aplique alguien la propia actividad, transformándola y creando una cosa nueva, adquiriendo lo que es producto de aquella actividad (especificación). Entre los derivados figuran todos los actos voluntarios aptos para transferir la propiedad de uno a otro, es decir, las declaraciones de voluntad dirigidas a operar el traspaso del dominio, de modo que se da una sucesión en la relación de señorío sobre la cosa. Y como tal declaración puede ser hecha por actos *inter vivos* o *mortis causa* se distinguen los trasposos o transferencias de propiedad por contratos a título oneroso o por donación, de aquellos que se operan por sucesión hereditaria. En medio de ambos grupos, sin poder ser incluídos entre los derivados ni entre los originarios, figura la adquisición del dominio por la posesión continuada de la cosa ajena por un cierto tiempo, aun cuando no haya voluntad en el precedente titular de transferir el dominio ni puede decirse que la propiedad nueva, adquirida por el poseedor, sea por completo independiente de la del propietario precedente (usucapión o prescripción adquisitiva).

Por el contrario, puede servir de punto de partida el concepto de que la adquisición del dominio se opere respecto a todo un patrimonio y con una plena substitución del nuevo titular al precedente en todas las relaciones jurídicas que al patrimonio se refieren o bien respecto a cosas singulares o a conjunto de cosas sin que se verifique tal substitución. Y entonces se distinguen los modos de adquisición a *título universal* de aquellos otros a *título particular*; tipo de los primeros (y único en nuestro Derecho civil; el Derecho romano conoció varios) es la sucesión hereditaria en la que el heredero sucede en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas del difunto; en el segundo se incluyen los otros modos ya indicados, ya sean actos *inter vivos* o *mortis causa*, como la adquisición por legado.

De otras clasificaciones de menor entidad, algunas profesadas

por los jurisconsultos romanos y que son extrañas a nuestro Derecho, prescindimos aquí. Conviene hacer, no obstante, algunas observaciones de carácter general sobre los diferentes modos de adquirir para saber cuál sea en sus líneas generales el sistema seguido por el legislador italiano.

Contiene el Código civil italiano, en su art. 710, una enumeración de los modos de adquirir la propiedad, y según ésta, parece ser que pueden reducirse a cinco: la ocupación, la sucesión, la donación, las convenciones y la prescripción adquisitiva. Tal enumeración es indudablemente incompleta. Falta la accesión (conjunción o incorporación de una cosa a otra, adquisición originaria de frutos, especificación), cuya regulación se colocó en la teoría general del dominio (artículos 444 y 475), respondiendo a una concepción muy discutible, según la cual todo lo que una cosa mueble o inmueble produce, o que a ella se une natural o artificialmente (derecho de accesión en sentido lato), se considera como desenvolvimiento del derecho de propiedad (artículo 443). Se mencionan en ella la sucesión hereditaria, la donación, las convenciones; pero conviene advertir que éstas son causas de adquisición, no sólo de la propiedad sino también de otros derechos y actúan diversamente porque si en ocasiones se encaminan a hacer adquirir la propiedad, en otras la adquisición del dominio no es más que la consecuencia de subrogarse un nuevo titular en esfera patrimonial de otra persona, como ocurre, por ejemplo, en la sucesión hereditaria. Y, por otra parte, hay que notar la imprecisión que desde el punto de vista dogmático ofrece el mencionar separadamente, como si fuesen cosas distintas las convenciones y la donación; resto del sistema del Código francés, que reúne sucesiones y donaciones, segregando ésta de las convenciones, de las cuales es aquélla una especie (1).

El punto más notable de todo el sistema, por el cual el nuestro se diferencia profundamente del romano, es el que se refiere a la aptitud del solo consentimiento, legítimamente manifestado, para transmitir la propiedad. Este principio propio, del Derecho

(1) Para una crítica detallada y aguda del art. 710, ver Brugi *Proprietà*, II, § 39.

moderno, resulta templado y limitado por otros dos principios, que reducen notablemente la eficacia del primero: el de la necesidad de la transcripción, respecto de los actos traslativos del dominio sobre bienes inmuebles y el de que la posesión vale como título respecto a los bienes muebles y en relación a los terceros de buena fe.

Uno y otro de estos últimos principios son necesaria consecuencia de la protección debida a la buena fe y una confirmación de que el principio absoluto de la transmisión del dominio por el simple consentimiento no puede actuarse, sino con limitaciones. Pero de esto se tratará más adelante. Respecto a los modos de adquirir la propiedad, no se tratará aquí de la sucesión ni de los contratos, porque de ambos nos ocupamos en lugar oportuno. Sin embargo, se hará referencia a la transcripción como elemento necesario para la adquisición de inmuebles frente a terceros (1).

§ 53.—*Ocupación*

Brugi, Ist. § 42; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 362; Chironi Ist. I, §§ 135-136; Filomusi, Dir. reali, §§ 53-57; Zachariae, Man. I, § 185; Aubry et Rau, Cours, II, § 201; Planiol, Traité I, núm. 2,564; Windscheid, Pand. I, 2, § 184.

Si históricamente el derecho de ocupación puede considerarse como el primero de los modos de adquirir el dominio y el más importante de todo en los comienzos de las sociedades

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — *Concordancias de este capítulo.* También en el Código civil español es la sucesión hereditaria único modo de adquirir a título universal.

El art. 710 del Código italiano, citado en el texto, es muy parecido en su redacción y contenido al 609 del español; solo difieren en que en el párrafo 2.º de este último se enumera la ley entre los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos sobre las cosas que con acierto fué omitido en el italiano. Por consiguiente, cuanto dice el autor de las deficiencias de aquella enumeración es íntegramente aplicable al artículo citado de nuestro Código civil, pues tampoco en él está considerada la accesión que viene colocada como en el italiano en la teoría general de la propiedad (artículos 353 a 383).

Igual imprecisión dogmática ofrece nuestro Código al mencionar separadamente como cosas distintas la donación y los contratos.

humanas, su esfera de aplicación en el ordenamiento moderno es muy restringida, porque las cosas que tienen propietario son, numéricamente, muy superiores a las que no lo tienen. Se aplica tal modo únicamente a las cosas que no tienen dueño (*res-mellius*), ya sea que no lo hayan tenido nunca, ya lo hayan tenido y lo perdieran por abandono que de ellas *hiciera el propietario (*res derelictae*). Se aplica únicamente a las cosas que pueden ser objeto de la propiedad de alguien, no a las que no son comerciables. En la actual organización del régimen de la propiedad inmobiliaria, recibe una restringidísima aplicación en orden a los inmuebles de los cuales es muy difícil hallar alguno que no pertenezca a los particulares o al Estado o a los entes públicos. Se afirma a este respecto por la gran mayoría de los autores que no sólo de hecho sino también de derecho debe excluirse la ocupabilidad de los inmuebles, según nuestro régimen de propiedad inmobiliaria. Y se basa la afirmación en el art. 711 que, declarando las cosas que pueden ser objeto de la ocupación, menciona únicamente los animales objeto de la caza y de la pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas, es decir, sólo los muebles y no los inmuebles; en los artículos 425 y 435, que enumerando las personas y los entes a las que los bienes pertenecen, declaran que éstos son del Estado o de las provincias o Municipios o de los establecimientos públicos o de los particulares, de modo que cuando no pertenezcan a los particulares o a los entes menores, deben pertenecer al patrimonio del Estado; en el ordenamiento catastral y fiscal vigente, según el cual cada parte del territorio del reino es atribuída a un titular, no siendo permitido el libre abandono de los inmuebles (1).

Nosotros, sin embargo, no creemos que tales razones fuercen a excluir la posibilidad teórica de la adquisición de inmuebles por ocupación. Falta en nuestro Código una disposición semejante a la contenida en el Código francés en su art. 713, por vir-

(1) Filomusi, *Dir. reali*, pág. 192; *Enc. giur.*, § 59, pág. 264, núm. 2; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, I, pág. 371; Bianchi, *Corso Dir. civ.*, IX, página 6; Brugi, *Ist.* § 42, pág. 325; Vescia, *Se l'occupazione sia movo per acquistare la proprietà delle cose immobili abbandonate* (*Arch. giur.*, XXXVII, 1886, pág. 205 y siguientes).

tud de la cual los bienes que no tienen dueño corresponden al Estado, de modo que los casos de ocupabilidad de los bienes muebles por los particulares se consideran como renuncia del Estado a su privilegio (1). La enumeración contenida en el artículo 711, tiene valor de ejemplo en cuanto que tiende a enumerar las cosas que por regla general pueden hallarse sin dueño. No excluyen la hipótesis de un inmueble (*nullius*) los artículos 425 y 435, que declaran únicamente que los bienes pueden pertenecer al Estado, a los particulares y a los demás entes y que si correspondiesen al art. 713 del Código francés, no solamente los inmuebles sino también los muebles («bienes» se dice en él), vendrían excluidos del derecho de ocupación. Nada prohíbe que fracciones de territorio que se sustrajeron a la catastración se hallen actualmente sin propietario y puedan ser adquiridas por el primer ocupante, sin necesidad del transcurso del tiempo y de la usucapición (2).

Dos requisitos precisan, por regla general, para que se pueda adquirir mediante ocupación: *a*) la posesión de la cosa por quien primero la ocupa; *b*) la intención de hacerla propia. Como no hay necesidad de que ésta sea una voluntad específica de adquirir el dominio, bastando el *animus rem sibi habendi* tampoco precisa en cuanto al primer requisito que se verifique una aprehensión material, siendo suficiente el buscar la pieza de caza luego de haberla matado o el simple descubrimiento si se trata de tesoro.

Prescindiendo de los inmuebles, constituyen casos especiales de ocupación la caza y la pesca, el descubrimiento del tesoro, el hallazgo de cosas muebles abandonadas y el de cosas arrojadas al mar.

a) *Caza y pesca* (3).—Declara el art. 712 que el ejercicio de

(1) Zachariae, Man. I, § 185, pág. 526.

(2) En este sentido se manifiestan Simoncelli, *Dir. reali* (Lez. 1893), página 209 y Pacifici Ist. III, I, pág. 363; con mayor amplitud Brugi, *Proprietá*, II, § 94, ver Atzeri-Vacca, *Delle rinunzie*, pág. 117.

(3) Ver para la caza Landucci: *caccia*, (en *Enc. giur.*); Martinelli y Rabbeno, *La legislazione italiana sulla caccia*, Torino, 1890; De Maiorana, *La caccia e la sua legislazione*, Roma, 1898. Para la pesca, Levi-Morenos, *Lavoro e proprietá del suolo acqueo*, Torino, 1904.

la caza y de la pesca viene regulado por leyes especiales. Y efectivamente leyes especiales y diversas en cada región imperaban en Italia al tiempo de la publicación del Código civil cuando regían las legislaciones de los ex Estados, especialmente en lo referente a la caza, ejercicio del arte venatorio y caza con liga (1). Poco a poco se fué operando la unificación (2).

En cuanto a la caza, se consiguió luego de muchas tentativas con la ley de 24 de Junio de 1923, número 1.420 para la protección de las piezas y el ejercicio de la caza, con el Reglamento de 24 de Septiembre de 1923, número 2.448 y con los Decretos leyes de 20 de Marzo de 1924, número 533, y 4 de Mayo de 1924, número 754, han introducido modificaciones en la ley de 24 de Junio de 1923. Con éstas han quedado derogadas todas las leyes especiales de los antiguos Gobiernos italianos (artículo 41 de la ley de 24 de Junio de 1923). El principio general es que el derecho de caza se reconoce solamente en quien se halle provisto de licencia expedida por la autoridad y puede ejercitarlo en el propio fundo o en el ajeno, pero siempre en determinadas épocas del año y horas del día con armas y enseres también detallados en la ley y en las localidades en que no esté prohibido el ejercicio de tal derecho.

Se prohíbe en las propiedades de dominio público o privadas en que se hayan constituido vedados o lugares de reproducción de la caza y se hallen cercadas o se hayan fijado letreros que prohiban cazar (en ellas la prohibición de cazar es absoluta y vale también para el propietario o concesionario del vedado) y en las propiedades privadas que constituyen los cotos particulares que deben hallarse también cerradas y provistas de letreros (en las que sólo el concesionario o quien haya obtenido permiso escrito de éste puede cazar) (artículos 1.º al 14, ley de 24 de Junio de 1923). Y como los animales cazados fuera de los lugares y del tiempo fijados por la ley se hallan su-

(1) Ver el índice de las distintas leyes de caza en Filomusi, *Dir. reali*, pág. 195, núm. 2.

(2) Una amplia referencia en Brugi, *Proprietá*, II, pág. 490 y siguientes.

jetos a secuestro y comiso, se deduce que la adquisición por ocupación no tiene lugar en tal caso.

Proveen a reprimir el acto abusivo de quien contra la prohibición o ilegalmente ejercite la caza, algunas disposiciones penales (Código penal, art. 428; artículos 28, 31, ley 24 de Junio de 1923).

En cuanto a la pesca, la unificación legislativa se produjo con la ley de 4 de Marzo de 1877, número 3.706 y Reglamento de 13 de Noviembre de 1882, número 1.090, para la pesca marítima, y con el Reglamento de 15 de Mayo de 1884, número 2.449, para la pesca fluvial y en lagos substituído por el Real decreto de 22 de Noviembre de 1914, número 1.486. Importantes innovaciones modificando la ley de 4 de Marzo de 1877 han sido introducidas con la ley de 24 de Marzo de 1921, número 312, que contiene normas en favor de la pesca y de los pescadores y que se refieren a la pesca marítima, a la fluvial y a la que se verifica en lagos. El principio general es que la pesca se consiente solamente a quien haya obtenido de la autoridad la correspondiente licencia y es libre, por lo general, en las aguas que son de dominio público marítimo y de los lagos, en el mar territorial (1); no es permitida en las aguas de propiedad privada sin el consentimiento del propietario. Pueden darse en las aguas públicas a favor de alguien derechos exclusivos de pesca que priven a los demás del ejercicio de tal derecho en aquel lugar; tales derechos, si no se han ejercitado en los treinta años anteriores a la ley de 24 de Marzo de 1921 se declaran extinguidos (artículos 16 y 22 de la ley) y caducan para los concesionarios que no los usen o hagan mal uso de ellos durante un quinquenio.

Está, por tanto, prohibida la pesca en las aguas públicas sur-

(1) A la legislación Justiniana se debe la afirmación del principio que reconoce las riberas del mar *res communes* y la libertad de la pesca en aguas litorales aunque se opongan los propietarios de los edificios ribereños, ver Costa, *Le acque nel Dir. rom.*, Bologna, 1919, pág. 91 y siguientes; Ferrari, *Di alcune leggi bizantine riguardanti il litorale marino e la pesca nelle acque private* (*Rend. Ist. Lomb.*, XLII, 1909, pág. 591 y siguientes).

jetas a derecho exclusivo de pesca, y en las aguas privadas, sin previo consentimiento del concesario, del propietario o del poseedor (art. 37). Sanciones penales castigan el abuso; entre otras, la confiscación de los peces, siempre que éstos no sean reclamados por quien tenga derecho a ellos (art. 28). Disposición esta última muy importante porque de ella se deduce que (como en la caza) no tiene lugar en tales casos la adquisición por ocupación a favor del pescador y que (a diferencia de lo que ocurre en la caza) pudiendo ser reclamado el animal por el propietario de las aguas o por el concesionario del derecho exclusivo de pesca, corresponde en propiedad a éste, que consigue paralizar, no sólo el acto privado de la ocupación, sino también el público del comiso.

Para que la adquisición se verifique es preciso que se trate de animales selváticos, y son tales los que viven en estado natural de libertad. Para ellos, la adquisición se produce, por regla general, con la posesión, no por el solo hecho de herirlos o perseguirlos. Si la persecución de la pieza herida no impediría la adquisición por un tercero que antes que el cazador se apoderase de la pieza, puede afirmarse que la adquisición se da cuando el cazador la haya matado y acuda para cogerla (1).

No se admite el derecho de ocupación de animales domesticados, para los cuales el huir o alejarse de su dueño no es causa de que se conviertan en *nullius*. El Código reconoce en tal caso en el propietario un derecho a perseguirlos aun en el fundo ajeno, y sólo cuando haya desistido de la persecución, haya transcurrido un cierto término desde la fuga sin que el propietario ejercite su derecho reclamándolo de quien se los hubiere apropiado, consiente en que sean objeto de ocupación. Si el propie-

(1) La cuestión acerca del momento en que la adquisición se verifica, fué discutida en el derecho romano y luego resulta declarándose momento decisivo el de la efectiva posesión; ver § 13, Inst., 2, 1; fr. 5 § 1. D. 41. 1; fr. 54. D. cód. A falta de suposiciones explícitas en nuestro derecho, creemos que en el caso planteado en el texto puede hablarse de adquisición antes de la aprehensión material; en el matar la pieza y en el acudir a recogerla hay como la iniciación del acto de la posesión que otro no podría impedir legítimamente que se cumpliera.

tario de un enjambre de abejas que huyó de su colmena no lo haya perseguido dentro de los dos días siguientes a su huída, puede el poseedor del fundo donde se hayan fijado apropiárselo; y si el propietario de animales domésticos no los reclama dentro de veinte días, puede quien antes los haya poseído hacerlos propios (art. 713); la reivindicación no se admite para aquellos animales que, como las palomas, los conejos, los peces, pasando de uno a otro palomar o de una a otra conejera o pecera, vienen adquiridos por el propietario de ésta por derecho de accesión.

b) *Tesoro*.—No la posesión, sino la *inventio*, o sea el descubrimiento, hace adquirir al descubridor la propiedad del tesoro. Tesoro, es, según la definición romana (1), *vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat* (2); y, según la aceptada por nuestro Código (art. 714, párrafo 1.º), «cualquiera mueble de valor que se halle oculto o enterrado y cuyo dominio no pueda probar nadie». Requisitos son, pues: 1) el ser mueble el objeto, de modo que no es tesoro la ruina antigua u otra parte de construcción incorporada al suelo; 2) el ser valioso, lo cual excluye aquellas cosas que carecen de valor; 3) el hallarse oculto o enterrado, de modo que es tesoro tanto el objeto sepultado bajo tierra cuanto el oculto en un muro o en un mueble, o que con intención de ocultar su existencia haya sido por alguien enterrado, o que por un accidente natural cualquiera haya sido enterrado; 4) el haber sido la cosa descubierta en condiciones tales que haga presumir que no existe un actual propietario ni sea posible hallarlo; no precisa, pues, que se trate de un depósito antiguo, si bien cuanto más antiguo sea el tiempo de la ocultación tanto más improbable resultará el

(1) Paulo, fr. 31. § 1. D. 41. 1.

(2) Según Bonfante (*Melanges Girard*, I, pág. 123 y siguientes y *Scritti giur.*, Vari, II, pág. 904 y siguientes) el concepto de las fuentes es que tesoro es la cosa que no tiene ya propietario, es una *res sine domino*, de modo que el propietario no sólo no puede hallarse, sino que es inexistente. En contra, Pacchioni, *Corso Dir. rom.*, II, pág. 383. Para su concepto en el derecho moderno ver Gabba, *Osserv. intorno al concetto di tesoro nel Dir. it vigente* (*Giur. it.*, 1901, I, 2, pág. 563).

hallazgo del propietario; ni precisa tampoco que se pruebe la imposibilidad de hallar al propietario (lo cual no sería posible de un modo absoluto), sino que basta que las circunstancias de la *depositio* sean motivo racional para admitir tal imposibilidad.

Ahora bien: la regulación jurídica de la adquisición del tesoro—que en el Derecho romano experimentó vicisitudes muy varias en el curso de su historia (1)—, es en nuestro Derecho, como en el romano, la resultante de la conciliación de los derechos del inventor con los del propietario del fundo (o de la cosa mueble) en que ha sido descubierto. Es propiedad del propietario del fundo cuando éste mismo u otro que hubiese hecho por cuenta del propietario las necesarias investigaciones lo haya descubierto; corresponde por mitad al propietario del suelo y al descubridor cuando haya sido hallado en fundo ajeno (art. 714). Para que la adquisición se produzca en favor del descubridor es condición esencial la de que el hallazgo haya sido hecho por casualidad, no *data opera*; así que cuando sin encargo del propietario alguien se aplique a la investigación de un tesoro en fundo ajeno, si lo descubre no tiene derecho a parte alguna del mismo. No precisa la posesión efectiva, bastando (y es característica de este modo de adquirir, que, según algunos, se ha incluido erróneamente en el concepto de ocupación) el haber sacado la cosa de su estado de ocultación, es decir, el hecho del descubrimiento (*inventio*). La doble adquisición ocurre por derecho de accesión en favor del propietario del fundo; por derecho de invención o de ocupación en favor del descubridor. En qué fundamento repose el derecho de adquisición de uno y otro es cuestión muy discutida, y es cierto que especialmente después de las innovaciones (no siempre felices) introducidas en la materia por la ley de 12 de Junio de 1902 (luego ley de 20 de Junio de 1909, núm. 364) para el hallazgo de objetos artísticos o arqueo-

(1) Ver § 39, Inst. 2. 1; fr. 3. § 10. 11. D. 49. 14; l. l. c. Th. 10. 18, l. m. c. Just. 10. 15.

lógicos (1) una revisión de las disposiciones del Código se impone (2).

c) *Cosas muebles perdidas o abandonadas.* — Del mismo modo que de las cosas que nunca tuvieron dueño, se adquiere la propiedad de aquellas que fueron abandonadas por quien las halla y las posee (art. 711). Abandono es el acto de despojarse de una cosa con ánimo de renunciar a su dominio (*animus derelinquendi*); la propiedad se pierde inmediatamente a la actuación de este *animus*, rechazando la cosa y separándose de ella definitivamente (3). Distinta es la condición de las cosas perdidas o

(1) La profunda innovación introducida por la citada ley consiste en que ni el propietario del fundo ni el descubridor de objetos de excavaciones tienen derecho alguno sobre los objetos descubiertos, sino simplemente un crédito; el primero con relación al Estado; el segundo con relación al propietario del fundo.

(2) Sobre los requisitos para que se dé el tesoro en el derecho romano y en el civil, sobre aquellos que deben concurrir para que se dé la invención sobre la causa de la adquisición y otras cuestiones menores, ver Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro nel Dir. rom. e odierno* (St. per Bologne, pág. 101 y siguientes); Ferrara, *Il carattere della scoperta nell'acquisto del tesoro* (Foro it., 1907, pág. 54 y siguientes), Perozzi, *Contro l'istituto giuridico dell'acquisto del tesoro* (Mon. Trib., 1890), *Tra la Fanciulla d'Anzio e la Nobide, Nuovi studi sul tesoro* (Riv. Dir. comm. VIII, 1, 1910, pág. 253 y siguientes). Este último escrito es una fuerte crítica de muchas de las doctrinas corrientes en la materia y del sistema general seguido por nuestro Código al regularla. Precisa reconocer que la ley no es congruente; donde la incongruencia se manifiesta es en el exigir el que no se realice obra de investigación, *non data opera*, para la adquisición de la mitad del inventor aun cuando el hallazgo lo haya hecho un tercero con aquiescencia del propietario; ya que si a quien de propósito practica obras de investigación en fundo ajeno, la ley no atribuye derecho alguno por no estimular las invasiones de la ajena propiedad, no está justificado el privar de tal derecho al inventor cuando sin lesionar el derecho ajeno ha hecho el hallazgo. El Código civil alemán (§ 984) elimina el requisito de la casualidad para la adquisición por el inventor. En cuanto al modo de dividir el tesoro (varios propietarios del fundo, varios inventores), ver Ranysoni, *Sulla distribuzione del tesoro* (Mem. R. Acc. di Sc. di Bologne, 1909-1910).

(3) Esto es indudable relativamente al derecho moderno; pero en derecho romano clásico fué objeto de viva discusión entre proculeyanos y sabinianos el momento preciso en que la propiedad se pierde, esto es

extraviadas (*épaves*, según la terminología francesa, que distingue las *épaves maritimes* de los *fluviales* y de los *terrestres*), las cuales no se hallan sin dueño y no pueden ser, por tanto, objeto de ocupación. No adquiere, pues, quien las halla, su propiedad, sino que debe restituirlas al propietario, y si se las apropia comete un delito (hurto, según el Derecho romano; fr. 43, § 4, D. 47, 2; apropiación indebida, según el nuestro; Código penal, art. 420, núm. 1). Sin embargo, se produce una adquisición *ex lege* a favor del que las halló cuando transcurrió un cierto tiempo sin reclamarlas el propietario.

Las disposiciones que nuestro Código contiene en los artículos 715 y 718 representan una conciliación equitativa del derecho del propietario que ha perdido la cosa con el legítimo derecho del que la halle en obtener una compensación por el cuidado habido por él en recogerla y conservarla o su total valor si el propietario no la reclama, sin que el Estado participe en aquél. El antiguo Derecho francés atribuía, en efecto, las *épaves* al Rey o a los Jueces superiores (*seigneurs justiciers*), pero la ley de 13 y 20 de Abril de 1791 suprimió este derecho de los *seigneurs* sin declarar a quien en lo sucesivo debía corresponder; de aquí surgió una controversia entre los autores, que ante el silencio del art. 717 del Código francés discuten si las cosas extraviadas pertenecen al Estado o a quien las halló. La relación, según nuestro Derecho, se da únicamente entre el propietario y quien las halla. Este último debe, cuando no se trate de tesoro, restituir la cosa extraviada al poseedor anterior, si lo conoce; cuando ignora quién sea éste tiene, la obligación de consignarla al Alcalde del lugar en que ha sido hallada (art. 715). Esta consignación tiene por objeto asegurar la cosa y proveer a su conservación

si era éste el del simple abandono o el en que un tercero ocupase la casa abandonada. La controversia se resolvió por Justiniano en el primer sentido, que es también el concepto moderno. Sobre la ciencia de la derelictio en derecho romano ver Bonfante, *La derelizione di res mancipi* (*Scritti giur.* II, pág. 327 y siguientes); *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte* (ib. pág. 342 y siguientes); Berger, *In tema di derelizione*, Roma, 1915; Rotondi en *Att. R. Acc.*, Torino, L, 1915, pág. 864 y siguientes y en *Rend. Ist. Lomb.*, XLVIII, 1915, pág. 725 y siguientes.

por la autoridad pública que esté autorizada a promover su venta, si no puede conservarse sin deterioro o destrucción (art. 717). A fin de informar al propietario del hallazgo ocurrido, se impone la obligación a la Autoridad municipal de dar aviso durante dos domingos sucesivos (art. 716). Dentro de los dos años a partir de la última publicación, el propietario puede reclamar la cosa; al que la halló corresponde un premio que la ley fija en la décima parte del valor de la cosa, reducido a la vigésima parte en cuanto al exceso cuando su valor exceda de dos mil liras (art. 718) (1). Transcurrido un bienio inútilmente sin que el propietario se presente, la cosa (o su precio) es atribuída en propiedad a quien la halló y debe serle restituída (art. 717).

De estas disposiciones resulta que la reivindicación no se extingue en el propietario ni con el transcurso del bienio si quien halló la cosa no cumplió con su obligación de consignarla a la Autoridad municipal cuando no conociera el precedente poseedor (artículos 708 y 709); que premio no corresponde en tal caso a quien la halló por no haber obrado legalmente; que la adquisición de la cosa por quien la halló, transcurrido dicho término, se opera en cuanto que, habiendo resultado inútiles los anuncios públicos, la cosa debe considerarse *nullius* por disposición de la ley, aun cuando el propietario no haya cesado de averiguar su paradero, ni cuando no se hubiese apercibido de haberla perdido.

d) *Cosas arrojadas en el mar.*—Diversa es la disciplina de

(1) Se ha discutido si el derecho al premio de quien halla la cosa es ejercitable sólo contra el propietario o contra quien se halle en relación con éste y tenga la facultad de reivindicar el objeto; por ejemplo, la Administración postal por objetos certificados y extraviados, ¿debe pagar el premio a quien los halle? Brugi responde afirmativamente *Proprietá*, II, página 556; negativamente, Pacchioni en *Riv. Dir. comm.*, 1916, II, página 454; es preferible la solución afirmativa. De todos modos creo que la solución exacta hay que hallarla en base de una distinción; si la cosa extraviada ha sido directamente restituída al anterior poseedor, es éste quien debe el premio a quien la halló; si por el contrario, la cosa se depositó ante la Autoridad municipal, el derecho de premio deberá ejercitarse por quien la halló contra el propietario porque a éste y no a otro debe la Autoridad consignar de nuevo la cosa.

las cosas arrojadas al mar con ocasión de un naufragio o que hayan sido arrojadas por el mar y la de las plantas y hierbas que crecen en sus riberas. El art. 719 recurre para todas ellas a leyes particulares y rigen los artículos 125 y siguientes del Código para la Marina mercante. Las plantas y hierbas de las riberas pertenecen al Estado, porque estas últimas son de dominio público en nuestro Derecho. Las cosas arrojadas a lmar para aligerar las naves pertenecen a sus propietarios porque la echazón no implica abandono y no hace las cosas *nullius* (1); los que las hallen están obligados a hacer la denuncia y consignarlas a la Autoridad (marítima o municipal), pero también a ellos corresponde un premio distinto, según las circunstancias del hallazgo (la tercera o décima parte, o por el exceso de 2.000 liras la vigésima). También varía el término en que los propietarios pueden hacer la reclamación (un año o un quinquenio) (2).

(1) Conforme era el principio seguido en el derecho romano que acogió las reglas de la *lex Rhodia de iactu*; ver § 48, Inst. 2, 1; fr. 9. § 8. D. 41, 1; fr. 8. D. 14. 2. En la Edad Media prevaleció la costumbre bárbara del *ius naufragii* por la cual las cosas del naufrago arrojadas a la orilla eran objeto de libre apropiación por el tercero y luego atribuidas al Príncipe.

Ver Bonfante, *Il salvataggio e l'assistenza nel Dir. marittimo*, Torino, 1849; Contuzzi, *Dei naufragi e dei recuperi*, Napoli, 1905 (Pappafara en *Studi per Chironi*, I, pág. 272 y siguientes.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — *Concordancias*. — El art. 711 del Código italiano que enumera las cosas susceptibles de ocupación concuerda exactamente con el 610 del español. El 712 del italiano concuerda con el 611 del español.

Las disposiciones especiales que regulan los derechos de caza y pesca son la ley de 17 de Mayo de 1902 y el Reglamento de 3 de Julio de 1903, Real orden de 1.º de Julio de 1902 para la ejecución de aquella ley y la de 19 de Septiembre de 1896 sobre protección a los pájaros.

La pesca fluvial está regulada por la ley de 27 de Diciembre de 1907 y Reglamento de 7 de Julio de 1911, siendo también de aplicación los artículos 123, 129 y siguientes y 214 y 254 de la ley de Aguas. La pesca marítima se rige por los artículos 11, 12 y 14 a 46 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, Real orden de 1.º de Junio y Reglamento de 27 de Febrero del mismo año, de 24 de Enero de 1885 y 18 de Enero de 1886 y Reglamento de 9 de Julio de 1908 para la pesca con almadraba y ley de 30 de Diciembre de 1912 sobre la pesca del salmón.

Ver artículos 612 y 613 sobre propiedad y adquisición de un enjambre de abejas, animales amansados y palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasen a otro, perteneciente a distinto dueño.

§ 54.—*Accesión*

Brugi, Ist. § 43; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 248; Chironi, Ist. I, §§ 130, 134, 137; Filomusi, Dir. reali, §§ 65-67; Zachariae, Man. I, §§ 186-189; Aubry et Rau, Cours. II, 202-206; Planiol, Traité I, núm. 2.717 y siguientes; Windscheid, Pand. 1. 2, §§ 186, 188, 190 (1).

Modo de adquirir la propiedad es el derecho de accesión y el que más figuras comprende en sí. Es causa de ello la amplitud del concepto de accesión; recuérdese lo que a su tiempo observamos sobre el amplio significado de cosa accesoria. Por ello son oscilantes y varios los criterios de los autores y de los legisladores que ven en la accesión un modo de adquirir el dominio o atraen a su esfera un número mayor o menor de casos.

Si, en efecto, se parte del concepto de que todo lo que la cosa produce o a ella se incorpora o une natural o artificialmente no es más que efecto de la intrínseca potencia de expansión y desenvolvimiento del dominio, puede aparecer razonable el pensamiento de aquellos (que es también el de nuestro legislador, art. 443) que no ven en la accesión un modo de adquirir, porque ya se trate de frutos ya de otra cosa accesoria que se

Sobre tesoro oculto, ver artículos 614, 351 y 352 del Código civil y la ley de 7 de Julio de 1911.

Sobre cosas muebles perdidas o abandonadas, ver artículos 615 y 616 del Código civil y 48, 49 y 51 de la ley de Aguas, art. 151 de la de Ferrocarriles de 8 de Septiembre de 1878 y el Reglamento de servicio de campaña de 5 de Enero de 1882 sobre presas de guerra.

Sobre cosas arrojadas al mar o sobre las que las olas arrojan a la playa, ver art. 617 del Código civil, artículos 5 al 12 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, Instrucción de Marina de 4 de Junio de 1873, artículos 206 al 208 y la ley de 16 de Mayo de 1835 llamada de *Mostrencos* (de *mostrar*, porque se disponía en nuestro Derecho histórico que toda cosa perdida o desamparada debía ser entregada, *mostrada*, a la justicia del lugar) subsistiendo por virtud de lo dispuesto en los artículos 617 y 1.976 del Código civil que establece que pertenecen al Estado los buques que por naufragio arriben a las costas del reino y sus cargamentos, cuando pasado el tiempo prevenido en las leyes no tengan dueño conocido.

(1) Bechmann, *Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession*, Kiel, 1867; De Crescenzo, *Accessione* (en *Enc. giur.*); Caporali, *Accessione* (en *D iz. prat. di dir. priv.*); Brugi, *Proprietá* II, pág. 107 y siguientes.

una a la principal, no se adquiere en virtud de un título nuevo, sino que es la propiedad de la cosa madre o principal que, atribuyendo la propiedad de los frutos o de la cosa accesoria, se extiende a éstas. Si se parte de la idea de que es la propia atracción material (1) de las cosas la que determina la sumisión de la accesoria al mismo señorío a que está sujeta la principal, aparece más fundada la opinión contraria porque es este hecho nuevo el que origina la propiedad de la cosa accesoria en el propietario de la principal, rompiendo la relación jurídica de pertenencia que antes la ligaba a otro titular y substituyendo aquél primero por un segundo. Pero esta idea, como se ve, no es aplicable a la adquisición que hace el propietario de los frutos de su cosa; es la idea de extensión del dominio por su intrínseca virtud de expansión la que mejor se aplica a los productos de la cosa fructífera, porque antes de separarse de la cosa madre no tienen los frutos existencia jurídica autónoma e independiente, sino que son partes de aquélla. Menos correcta aún es la idea del natural desenvolvimiento del dominio respecto a todo lo que se incorpora o se une; es decir, respecto de cosas que antes de la incorporación o conjunción tenían una individualidad propia y distinta. En realidad, aquí hay una propiedad que se adquiere por un hecho nuevo (accesión propiamente dicha) sobre cosa que se hallaba en el dominio ajeno; allá una propiedad única que tiene por objeto la cosa fructífera y, por tanto y por su contenido necesario, los productos todos de la misma.

Sólo, pues, una concepción demasiado amplia e inadecuada puede recoger en una fórmula única la adquisición por incorporación o conjunción y la adquisición de los frutos; nunca se podría incluir en ella la adquisición de los frutos, no dependiente o consecuencia del derecho de propiedad, sino fundada en otra relación con la cosa, como la del poseedor de buena fe; y por ello con razón nuestro Código ha separado esta figura de la adquisición del propietario, colocándola en el lugar en que regula la posesión y a toda otra adquisición de frutos en virtud de un

(1) Paulo, fr. 23, § 4. D. 61. *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praerentionem alienam rem trahit meamque efficit...*

derecho real de goce o disfrute, como el usufructo o la enfiteusis, o en virtud de una relación obligacional, como, por ejemplo, el arrendamiento, no es aplicable al concepto de accesión.

Abstracción hecha de esta adquisición, los varios casos de accesión pueden agruparse en dos órdenes, según que la accesión se verifique relativamente a los inmuebles o a los muebles; este es el criterio seguido por el Código, que recoge en dos grupos los diferentes casos (artículos 447-462, 463-475), teniendo en cuenta si la cosa a la cual la accesoria se une es mueble o inmueble.

Más lógica es la tripartición de la teoría tradicional romanística, que distingue la accesión de inmueble a inmueble, de mueble a inmueble y de mueble a mueble. La primera categoría está representada casi exclusivamente por los incrementos fluviales, pero a las cuatro figuras típicas de éstos se debe añadir un quinto caso: el paso de los animales, considerados inmuebles por destino, de un fundo a otro; constituyen la segunda dos casos de siembra, plantación, construcción en fundo ajeno; figuran en la tercera todas las especies de adjunción (pintura, tejido, la «*ferruminatio*», inclusión, etc.), y sólo por extensión el concepto puede ampliarse hasta abarcar la conjunción del trabajo con la materia (especificación) y la mezcla de diversas materias.

El principio general que domina todos estos casos es el de que la propiedad de la cosa accesoria se adquiere por el propietario de la principal cuando la separación no sea posible ni socialmente útil; accesoria es siempre la cosa mueble respecto a la inmueble; decide la función o el destino del todo en el determinar qué cosa sea principal y accesoria entre dos cosas muebles y opera por sí sólo o en concurrencia con otros elementos el criterio del mayor valor. Pero (y esto hay que tenerlo presente) adquisición de la propiedad ajena por accesión no significa que se deba verificar siempre gratuitamente sin compensación patrimonial a aquel que pierde la cosa que se une a la de otro. Por esto, salvo en los casos en que no se da la compensación (y son, por regla general, aquellos en que la adjunción o incorporación ocurre por obra de las fuerzas naturales), en todos los demás se dan reglas especiales por la ley para restablecer el equilibrio

económico de ambos patrimonios que ha sido alterado por el paso de una cosa de uno a otro.

a) *Accesión de inmueble a inmueble*.—Las figuras más importantes están representadas por los cuatro casos de incrementos fluviales (1) regulados ya en el Derecho romano: el *alluvio*, la *avulsio*, la *insula in flumine nata* y el *alveus derelictus*. No se aplica el concepto de adquisición por incremento fluvial sino a los casos de aguas públicas, es decir, a los ríos y torrentes; es requisito que se trate de aguas públicas, ya que si un curso de agua es de propiedad privada, a su propietario pertenecerían siempre y exclusivamente las formaciones nuevas del curso. Ni se aplica igualmente—cuando un incremento análogo sea posible—al mar, a los lagos, estanques en que se forme una isla o cuyas riberas u orillas adquieran mayor extensión por la lenta retirada de las aguas o por el incremento que produzcan los materiales contenidos en ellas. Esto se halla declarado expresamente en los artículos 454 y 455 para el aluvión y para los terrenos abandonados por el mar, mientras que faltando para los otros casos, incluso las condiciones de hecho necesarias para una adquisición, una declaración expresa se consideraba superflua (2).

α) *Aluvión*.—Es el *alluvio* (3), según la definición del artículo 453, toda unión de tierra o incremento que se forma sucesiva e imperceptiblemente en los fundos lindantes con las riberas de los ríos y torrentes; las fuentes romanas (4) lo definen *incrementum latens, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur*. Y en dos formas puede darse el incremento; o con la sedimentación de las par-

(1) Ver Serragli, *Le accessioni fluviali nel dir. rom. e nel Cód. civ. italiano* (Arch. giur., XLI, 1888, pág. 456 y siguientes).

(2) Ver fr. 12. pr. D. 41. 1., para los lagos y estanques, § 32, Inst. 2. 1., para la isla en el mar formada.

(3) Ver Chardon, *Traité du droit d'alluvion*, 1840; Fiorini, *Delle alluvioni*, Bologna, 1878; Ayrat, *Traité du droit d'alluvion*, Paris, 1888; Villani, *I precedenti storici dell alluvione* (Mon. giur., 1889, pág. 241 y siguientes); Brugi, *Delle alluvioni e dei cambiamenti nel letto dei fiumi*, Catania, 1885; Pomo, *Alluvione* (en Dig. it.).

(4) Párrafo 20, Inst. 2. 1.; Gayo, fr. 7. § 1. D. 41. 1.

tículas de tierra que la corriente transporta (aluvión en sentido propio, art. 453) o con la insensible retirada de las aguas de una orilla a otra (terreno abandonado, art. 454). La nueva formación que resulta es atribuída al propietario ribereño de la orilla en que ocurrió el fenómeno (1). No influye en la adquisición la aptitud o ineptitud para la navegación o flotación del curso de agua, pero como en los ríos navegables o aptos para el transporte se impone siempre una limitación con la servidumbre de sendero, la adquisición va asociada en tal caso a la obligación de respetarlo. No se verificaría adquisición si no hubiese continuidad o adherencia entre la nueva formación y la propiedad privada del ribereño; de modo que si una vía pública separase ésta de aquélla no se daría la adquisición a favor del propietario fronterizo (2), y tanto menos si entre la ribera y el incremento aluvional corriese una vena o brazo del río (3).

Arreglo patrimonial entre los propietarios de aquellas orillas que hayan sido mermadas o cubiertas por las aguas y aquellos otros que resulten favorecidos por el incremento, no tiene lugar; no pueden los primeros, ni siquiera cuando (como en la segunda de ambas figuras) se puede más fácilmente reconocer la pérdida sufrida, reclamar de la orilla opuesta el terreno perdido (artículo 454).

(1) ¿Se extienden los efectos de la adquisición de la persona del propietario a otros que de él traen causa como, por ejemplo, el arrendatario? La materia es muy discutida; ver Bonfante, *Sul diritto del consuttore alle alluvioni* (Foro it. 1921, pág. 172).

(2) El caso es naturalmente distinto del normal de la servidumbre de andén o sendero; la obligación de dejar un sendero a lo largo del curso del agua, es una limitación que presupone la propiedad privada de la orilla, de modo que el incremento no hace sino desplazar el lugar por el que el sendero debe correr. Si éste se considerase como vía pública, puesto que la obligación de dejar el andén o sendero es general para todos los cursos navegables, es evidente que no se daría nunca la adquisición por aluvión a favor de los particulares.

(3) Esto es negado por algunos, por ejemplo Pacifici Ist. III, 1, página 274 y pág. 299, núm. 9, pero nos parece que erróneamente porque en tal caso se tendría una isla y serían aplicables las reglas especiales de accesión fluvial.

β) *Avulsión*.—Se da la avulsión (1) cuando una parte considerable y reconocible de un fundo contiguo al curso de un río o de un torrente haya sido por fuerza repentina e instantánea, separada y transportada a un fundo inferior o a la orilla opuesta (*incrementum patens*). La regla de nuestro Código es diversa de la sentada por el Derecho romano; consideraba éste (quizá más lógicamente) que la propiedad del trozo de tierra continuase en el propietario originario, el cual podía reivindicarlo hasta que no se hubiese verificado la cohesión orgánica con el nuevo fundo mediante la vegetación (2); dispone, por el contrario, el art. 456 que el propietario de la parte separada puede reclamar la propiedad dentro del año y eventualmente incluso luego de transcurrido este término si el propietario del fundo al que aquella parte se unió no ha adquirido aún la posesión de la misma; independientemente, por tanto, de la cohesión de la parte separada con el punto nuevo de la orilla (3). Se comprende que no haya lugar a una compensación por la adquisición, por concederse al propietario que pierde un término para reclamar.

γ) *Isla nacida en el río*.—De los varios modos en que una isla puede formarse en un río, sólo en dos es la accesión aplicable: 1) cuando por la sedimentación de los materiales transportados por la corriente surja de las aguas una formación nueva de tierra en medio del río (*cum paulatim colluendo locum eminentum supra alveum [amnis] fecit et eum alluendo auxit*); 2) y cuando por desecación del lecho en algún punto una parte del cauce quede al descubierto (*cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit*). De estos dos casos, que son los únicos

(1) Landucci, *L'avulsio. Studio di dir. rom. e di dir. it.* (*Arch. giurid.*, XXX, 1883, pág. 157 y siguientes, 498 y siguientes).

(2) Cfr. § 21 Just., 2, 1; fr. 7 § 2, D., 41, 1.

(3) Esto significa que una toma de posesión hecha dentro del año de la separación del trozo de tierra, no destruye en el propietario originario el derecho de reivindicarla, y, por otra parte, que el solo transcurso del tiempo con o sin cohesión no es suficiente para hacer adquirir el dominio. La propiedad no se adquiere, pues, *ipso iure* por efecto solo de la unión del trozo a la orilla, sino por aprehensión de la posesión, salvo la limitación de que no sería eficaz si se realizase antes de cumplirse el año.

que deben considerarse comprendidos en el art. 458, son diversos otros dos, recogidos, respectivamente, en el 459 y en el 460: 1) el de un río o torrente que formando un nuevo curso atraviere y circunde formando una isla un fundo que viene así a hallarse separado de las tierras circundantes (*cum agrum, qui alvei non juit, amnis circum fluit*) (1); 2) y el otro que es una forma mixta de isla nacida en el río y de avulsión, siendo una parte de terreno por fuerza instantánea separada de una orilla y transportada al centro del río o torrente (2). No cambia en ambas hipótesis la *causa proprietatis* (como expresa Pomponio); subsiste la relación de pertenencia del terreno a su propietario; el terreno circundado por las aguas, el separado y transportado al centro de la corriente, continúan siendo de su propiedad, salvo una limitación, la de que si se trata de río navegable o flutable, el Estado, por el interés público que va unido al uso del río, tiene derecho de ganar su propiedad mediante el pago de la correspondiente indemnización (art. 459).

Ahora bien; en los dos primeros casos, únicos a que es aplicable la adquisición por accesión, la relación jurídica derivada a nuestro Derecho del romano (3) se funda en la idea de que la línea media del río señala el límite de las adquisiciones por parte de los propietarios de las orillas opuestas, y como la isla puede extenderse en longitud de modo que se halle enfrente de varios propietarios ribereños de la misma orilla o de ambas, una ulterior limitación es determinada por las líneas imaginarias perpendicularmente trazadas desde los puntos extremos de cada fundo a la línea media del río (art. 458). Si se halla formada a un solo

(1) Este y los dos casos anteriores son previstos por Pomponio en el fr. 30 § 2. D. 41. 1.

(2) Sobre este segundo caso ver Pampaloni, *Sopra l'isola formate per avulsione nei fiumi in dir. romano e odierno*, Prato, 1885 y en *Studi Senesi*, III, pág. 241 y siguientes.

(3) Párrafo 32, Inst. 2. 1 No obstante la incerteza de las fuentes, la regulación en derecho romano debe considerarse ser la indicada en el texto, por analogía con la del cauce abandonado (con relación al cual las fuentes son terminantes) ya que los jurisconsultos romanos juzgaron el caso de la isla no distinto del de cauce abandonado; ver Scialoja op. cit., página 488.

lado de la línea media y es fronteriza a un solo fundo, la isla viene adquirida por uno solo; si la línea media atraviesa la isla y varias propiedades se hallan frente aquélla, la distribución se opera *pro modo longitudinis et latitudinis*. Una notable limitación es introducida por nuestro Derecho, que no fué conocida de los romanos, para la protección de la libre navegación y flotación del río; la adquisición sólo es posible para los ríos o torrentes no navegables ni aptos para el transporte; en caso contrario, la isla pertenece al Estado (art. 457).

δ) *Cauce abandonado*.—Cuando el río, alterando su curso, abandone el propio cauce (1), éste se adquiere por los propietarios ribereños en la medida antes indicada para la adquisición de la isla; viene repartido entre ellos hasta la mitad del cauce y proporcionalmente a la extensión del fundo de cada uno (artículo 461) (2). La regla es idéntica a la contenida en el Derecho romano (3); opuesta es, por el contrario, la del Código francés (artículo 563), que atribuye el cauce abandonado a los propietarios de los terrenos ahora invadidos por el nuevo curso y en proporción a la pérdida de terreno por éstos sufrida (4). Aquí domina la idea de una compensación; en nuestro Derecho y en el romano, la del interés más directo e intenso que tienen los propietarios ribereños en apropiarse la zona desecada. Parece este sistema preferible, pero en tal caso sería oportuna una indemnización de parte de los propietarios que experimentan el aumento de terreno a aquellos otros que sufren la pérdida del mismo, para restablecer de este modo el equilibrio patrimonial.

ε) *Animales inmuebles por destino*.—Una figura particularísima de adquisición por accesión (5) de inmueble a inmueble es

(1) Andrich, *Del alveo abbandonato dal fiume in dir. rom.* (*Arch. giur.*, LVI, 1896, pág. 101 y siguientes; LVII, 1896, pág. 59 y siguientes).

(2) ¿Puede recurrir el Juez a otros sistemas de división? Ver Abello, *Su vari sistemi di divisioni dell'alveo abbandonato* (*Giur. it.*, 1898, IV, página 337 y siguientes).

(3) Párrafo 23, Inst. 2. 1; fr. 7, § 5. D. 41. 1.

(4) Ver también el Código austriaco, §§ 409-410.

(5) Arnó, *L'art. 462, c. c. e l'attrazione reale* (*Scritti per Chironi*, I, página 21 siguientes), sostiene que no se dan aquí a rigor los extremos de la accesión verdadera y propia; se trata de un caso típico de atracción

la de las palomas, conejos o peces de un palomar, conejera o pecera—que el art. 413 considera inmuebles por destino—que pasen espontáneamente a otro palomar, conejera o pecera; su propiedad es adquirida por el propietario de esta última con tal que no hayan sido atraídos por éste artificiosa o fraudulentamente (art. 462). Errónea es la opinión, hoy poco compartida (1), de aquellos que admiten la adquisición, aun habiendo usado artificio o fraude, salvo el derecho de exigir indemnización de parte del propietario defraudado; la ley excluye la adquisición, y es cierto que el ejercicio de la reivindicación de hecho puede resultar difícil o imposible por la dificultad de reconocer los animales ahora, confundidos con los demás.

b) *Accesión de mueble a inmueble*.—Entran aquí tres figuras diferentes de conjunción; la siembra (*satio*), la plantación (*implantatio*), la construcción (*inaedificatio*), que se hagan con semillas, árboles o materiales propios en fundo ajeno. El principio general que los rige es el del suelo; la propiedad de tales cosas se adquiere por el propietario de aquél, *omne quod inaedificatur vel plantatur solo cedit* (2); y se adquiere cuando una separación no sea posible, lo cual se produce inmediatamente con la construcción en la *inaedificatio* y en la *plantatio* y en la *satio*, sólo cuando se verifica la adherencia. Establece el Código, como punto de partida, una presunción: que cualquiera construcción, plantación u obra sobre el suelo o bajo el suelo, se presume hecha por el propietario a sus expensas y que es de su pertenencia (art. 448). Esta presunción puede ser destruída por la prueba contraria y entran entonces en vigor las normas contenidas en los artículos 449-451 para la regulación patrimonial de las relaciones entre el propietario del suelo y el propietario de las plantas o de los materiales, ya que aquí rige el principio de

material. Pero la atracción *per praevalentiam* de una cosa respecto a otra ¿no es precisamente el fundamento y la *ratio* de la accesión?

(1) Ver Lomonaco, *Noz. di dir. civ. it.*, pág. 241; Marcadé, *Expl. artículo 564*; Duranton, *Cours.*, IV, núm. 428.

(2) Ver § 29 y siguientes, *Inst. 2. 1.*; fr. 7 § 10 y siguientes; D. 41. 1; fr. 9. p. D. cód. etc. Sobre el principio y sus aplicaciones, Riccobono, *Dal diz. rom. classico al dir moderno*, pág. 508, pág. 652 y siguientes.

que la adquisición no se produzca sin compensación de los materiales ajenos o del trabajo empleado para la construcción ó plantación. Ahora bien, en la compleja variedad de casos a que puede dar lugar la pertenencia del suelo, los materiales y la mano de obra, a personas diversas, tres hipótesis principales pueden darse y se hallan previstas en la ley.

α) El propietario del suelo ha hecho construcciones plantaciones u obras con materiales ajenos (art. 449). Sentado el principio de que la adquisición no se produce sino cuando se dé la inseparabilidad, puede el propietario de los materiales reivindicarlos si con retirarlos no se destruye la obra o hace perecer la plantación. Cuando esto no sea posible o querido por el propietario de ellos, debe el propietario del suelo pagar su valor. Pero la obligación es más grave si ha usado de ellos con mala fe o culpa grave; en tal caso, vendrá también obligado al resarcimiento de los daños. Es, pues, la adquisición de la propiedad subordinada al pago del valor; de lo que se deduce que en tanto éste no haya sido abonado la propiedad continúa en el propietario primitivo con la grave limitación (impuesta por el interés público) de que no se destruyan los cultivos ni se deforme la ciudad con ruinas, por lo cual la reivindicación se suspende en tanto dura la conjunción y puede sólo ejercitarse cuando ocurra la separación (1).

) El propietario de los materiales ha construído, plantado o realizado obras en el fundo ajeno (art. 450). Si la ley estable-

(1) Como es sabido, el derecho romano, desde sus orígenes, admitió para el *tignum uctum* con una disposición de las XII Tablas, una limitación análoga: *ne urbs ruinis deformatur vel vinearum cultura turbetur*; ver fr. 1 pr. § 1. D. 47-3; fr. 23, § 6. D. 6. 1. Pampaloni, *La legge delle XII Tav. de Figno umeto*, Bologne, 1883.

En nuestro derecho no todos están acordes; por la opinión acogida en el texto se manifiestan De Crescenzo, *Accessione*, núm. 127 y siguientes; Simoncelli, *Ist. dir. priv.*, pág. 165; Caporali, *Accessione*, núm. 3; Bianchi, Corso, IX, 3, pág. 135 y siguientes; otros como Brugi, *Proprietá*, II, página 192; Barassi, *Ist.* § 55; Chironi, *Ist.* I, § 131, sostienen que la accesión produce adquisición definitiva e irrevocable de los materiales incorporados, y si éstos recuperan su primitiva independencia a consecuencia de la separación, el propietario no puede ya reivindicarlos.

ciese de un modo absoluto la adquisición con carácter necesario de los materiales por el propietario del suelo con la obligación en éste de pagar su valor, se haría al propietario del suelo dependiente del hecho más o menos arbitrario de un tercero, que sin derecho construya o plante en el fundo ajeno. La ley justamente ha conferido al propietario del suelo un derecho de opción consistente en retener las construcciones y plantaciones o en obligar al otro a suprimirlas. Si pide que se supriman, deberá quien las ha practicado suprimirlas a sus expensas, sin derecho alguno a indemnización y podrá incluso ser condenado a resarcir el daño que hubiese sufrido el propietario del suelo. Si prefiere conservarlas, debe pagar al otro su valor y aquí se le concede un nuevo derecho de elección: puede pagar el valor de los materiales con el precio de la mano de obra o el aumento de valor que el fundo haya experimentado. Si el propietario del suelo no debe ser perjudicado por el hecho ajeno, también merece protección la buena fe del tercero que realizó las obras. Se aplica, pues, aquél régimen cuando el tercero obró de mala fe; la facultad de pedir que se supriman las obras, cesa cuando el constructor o plantador fuese un poseedor de buena fe, es decir, poseyera el fundo con título hábil para transferir el dominio, ignorando los vicios del título; en este caso, le es debida siempre una compensación y puede ser resarcido en una de las dos formas predichas.

γ) Las construcciones y plantaciones han sido hechas por un tercero en fundo ajeno y con materiales ajenos (art. 451). En tal caso la relación resulta compleja, combinándose la regulación de la propiedad de los materiales correspondientes a uno con la regulación de la mano de obra empleada por otro. Deben intervenir en su regulación las normas de las dos hipótesis precedentes con las del art. 451. Esto implica: en lo que a la pertenencia de los materiales se refiere, que el propietario de éstos no puede reivindicarlos a no ser que sean separables, y que el propietario del suelo tiene la facultad de retenerlos, pagando su precio o el aumento del valor del fundo, o de obligar al tercero a separarlos; y en cuanto al restablecimiento del equilibrio patrimonial, que el propietario de los materiales tiene derecho a percibir su

valor y puede pedirlo al tercero que los utilizó o al propietario del fundo, pero sólo dentro de los límites del precio que éste se halla obligado a pagar y si no lo ha pagado ya.

Un caso particular que bien puede llamarse de excepción al principio *quod inaedificatur solo cedit*, en que la relación de accesión aparece invertida, porque es el suelo el que cede a la construcción, es el previsto en el art. 452. Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo y la construcción se hizo a sabiendas y sin oposición del vecino, podrán el edificio y el suelo ser declarados de propiedad del constructor.

Condiciones para esta adquisición del suelo son: *a)* que sólo una parte del fundo ajeno resulte ocupada por el edificio; *b)* que el edificio sea construido de buena fe sobre parte del fundo contiguo; *c)* que el vecino tuviese noticia de la construcción y no se opusiese. Actúan simultáneamente: el respeto debido a la buena fe, la consideración de que no puede ser atribuido por partes el edificio que se apoya en propiedades diversas y entre el propietario del suelo y el del edificio es preferente por quien lo construyó, y finalmente una especie de consentimiento tácito de parte del propietario del suelo que teniendo conocimiento de la obra no se opuso a ella defendiendo su propiedad. Pero nótese que aun cuando concurren todas estas condiciones, la propiedad del suelo no corresponde al constructor de pleno derecho; puede serle atribuída, lo cual significa que debe confiarse al criterio equitativo del Juez el decidir en qué parte esté el interés predominante. Cuando se decida la atribución del suelo, quiere la ley que la cuantía de la indemnización al propietario se eleve al doble del valor de la superficie ocupada y además al resarcimiento de los daños.

c) Accesión de mueble a mueble.—A los tres casos que figuran en esta categoría (adjunción, especificación y mezcla) y que el Código regula con detalle en los artículos 463-475 con reglas derivadas en gran parte del Derecho romano, nuestro legislador declara que deben aplicarse, ante todo, los principios de la equidad natural (art. 463). Que es lo que por tal debe entenderse, es cuestión muy discutida, sobre todo si se tiene en

cuenta la minuciosa regulación contenida en los artículos siguientes. Pero como en el mismo art. 463 se añade que las disposiciones sucesivas servirán de norma al Juez para decidir en los casos no previstos según las particulares circunstancias, aparece claro el pensamiento en él contenido. No es solamente en los casos no previstos en los que se recurrirá al criterio de la equidad, sino en todos; da la ley una guía al Juez, señalándole los criterios directivos para la resolución de los conflictos en las tres hipótesis más frecuentes; pero ya sea para éstas, ya para las demás no previstas, en las cuales, por analogía, se atenderá a las normas establecidas, el Juez está siempre autorizado para templar las consecuencias excesivamente duras, recurriendo al criterio de la equidad. Es ésta, por lo demás, una necesidad derivada de la necesidad intrínseca de determinar *a priori* con reglas fijas y seguras cuál de entre dos cosas que se unen o mezclan, se debe considerar accesoria respecto a la otra y de establecer relaciones precisas entre el valor de la materia y el del trabajo que haya sido empleado en su transformación.

Pero hay que añadir que la importancia de las reglas especiales y del principio general citados se aminora mucho en la práctica por efecto de la máxima imperante en nuestro Derecho de que la posesión de las cosas muebles vale como título para los terceros de buena fe (art. 707). Si la posesión de la cosa mueble para los terceros de buena fe se considera como si fuese propiedad, es evidente que no se deberá recurrir a la adquisición por accesión, sino en los casos en que tal máxima no es aplicada, es decir, cuando tratándose de una posesión de mala fe sería excepcionalmente admitida la reivindicación por parte del propietario; estos casos son los menos frecuentes.

a) *Adjunción.*—En conformidad con el principio fundamental que exige como requisito para la adquisición de la propiedad la inseparabilidad, se da la accesión por adjunción cuando dos cosas pertenecientes a diversos propietarios se hayan unido de manera que formen un solo todo y que no puedan separarse sin notable detrimento de una de ellas (art. 464); en todos los demás casos de separabilidad, cada uno conserva la propiedad de su cosa y tiene derecho a obtener la separación. En cuántas

formas puede tal unión verificarse, no es dicho por la ley, dejando la decisión al Juez; ya no se distinguen como ocurría entre los jurisconsultos romanos las varias figuras de *textura*, *tinctura*, *scriptura*, etc. (1), de las cuales alguna ha perdido toda su importancia. Como quiera que ocurra, la regla es que el todo pertenece al propietario de la cosa principal, el cual está obligado a pagar al otro el valor de la cosa que se unió a ella (art. 464). El criterio para determinar cuál de ambas cosas sea la principal, es el que vimos ya en otra ocasión: se reputa principal, dice brevemente el art. 465, aquella cosa a que la otra se unió para su uso ornamento o complemento, aquella que según un concepto más completo y más científico determina la función económico-social del todo. A este criterio, cuando no sea decisivo, sustituye el del valor, y cuando ni siquiera éste sirva por ser las dos cosas en valor aproximadamente iguales, la ley quiere que se recurra al criterio del volumen o entidad (art. 467).

Una notable modificación del principio fundamental de la adquisición por adjunción, es más, una verdadera derogación, se introduce por el art. 466, a base del elemento del valor. Cuando la cosa accesoria sea mucho más preciosa que la principal y haya sido empleada sin consentimiento de su propietario a éste, es concedido un derecho de opción consistente en apropiarse el todo, pagando al propietario de la cosa principal el valor de ésta o el pedir la separación de la cosa unida, aun cuando pueda resultar deterioro para la principal. Se debe presuponer en tal caso que el carácter de principal o de accesoria de ambas cosas se haya podido determinar con el criterio de la esencia o de la función del todo sin necesidad de recurrir al valor (de otro modo, si se hubiere recurrido al valor, debiera reputarse princi-

(1) Ver §§ 26, 33, 34, Inst. 2. 1; fr. 23. §§ 2-5. D. 6. 1; fr. 7. § 2. D. 10. 4. etc. En derecho romano la *ferruminalio* originaba la conjunción de modo inseparable, mientras la *adplumbatio* no creaba inseparabilidad, de modo que el propietario, por ejemplo, del brazo unido a la estatua ajena podía intentar la reivindicación previo ejercicio de la *actio ad exhibendum* con que se conseguía la separación. Ver Pampaloni, *Sopra il significato di ferruminare ed adplumbare*. *Arch. giur.*, XXIII, pág. 223 y siguientes). Sobre la *textura*, ver Arnó, *Textura (Melanges girad)*, I, pág. 27 y siguientes).

pal lo de mayor valor) y la derogación consiste en que la adquisición se hace a favor del propietario de la accesoria o bien no se verifica adquisición alguna no obstante no ser posible separar sin deterioro ambas cosas.

β) *Especificación*.—De solución más grave y difícil es el caso en que empleando una actividad meramente manual o manual y artística, se haya transformado la materia ajena, creando una especie nueva; trátase, en efecto, de establecer una relación de dependencia y de subordinación, no entre dos cosas materiales, sino entre una cosa propiamente dicha y el trabajo del hombre, es decir, entre dos entidades no homogéneas. Las dificultades se ofrecieron ya a los romanos, los cuales dieron distintas y opuestas soluciones como las de las Escuelas de sabinianos y proculyanos hasta que triunfó la doctrina ecléctica de Justiniano. Consideraban aquéllos que la nueva especie debía corresponder al propietario de la materia, considerando el trabajo como secundario; querían éstos que prevaleciese el trabajo y atribuían por ello la cosa nueva al especificador. Distinguía la teoría ecléctica: si la cosa podía reducirse a la forma primitiva, mantenía la propiedad en el titular originario; si era irreductible a su primitivo estado, se atribuía al artífice (1).

Prescinde nuestro Código del criterio de la reductibilidad y partiendo del concepto que la transformación no extingue la propiedad de la materia, la cual por regla general debe ser considerada como principal con relación al trabajo, sienta como principio que el propietario de la materia hace suya la cosa nueva, pagando al artífice su trabajo (art. 468). Este principio viene templado por otras reglas que intervienen en la modificación del resultado, ya por el predominio que económicamente tenga el trabajo sobre la materia, ya por la complicación a que ambos elementos (materia y trabajo) puedan dar lugar cuando el especificante no haya puesto sólo su trabajo, sino también

(1) Párrafo 25, Inst. 2. 1; fr. 7, § 7. D. 41. 1; fr. 12, § 3. D. 10. 4, etcétera. Sobre el concepto de *materia* y de *species* en las fuentes romanas, ver Ferrini, *Appunte sulla dottrina della specificazione* (*Bull. Ist. dir. romano*, II, pág. 182 y siguientes); Perozzi, *Materia e species* (*ib.* III, pág. 212 y siguientes).

parte de la materia. De tener el trabajo tan preeminente estimación que sobrepase con exceso el valor de la materia empleada, saca el Código la consecuencia de que el trabajo debe considerarse como principal, de modo que el artífice tenga derecho a retener la cosa nueva pagando al propietario el precio de la materia (art. 470). De haber el artífice empleado materia en parte propia y en parte ajena, de modo que ni una ni otra de las dos materias haya sido enteramente transformada sino de modo que una no pueda separarse de la otra sin deterioro, deriva la consecuencia que no se deba atribuir la cosa nueva a uno ni a otro exclusivamente; la cosa es común a ambos propietarios y la cuota de participación vendrá determinada naturalmente para un copropietario en proporción a la materia que le pertenecía, para el otro proporcionalmente al valor de la materia y al de la mano de obra empleada (art. 469) (1).

γ) *Mezcla*.—Adquisición de la propiedad por mezcla—es decir, por haberse formado una cosa con la confusión o conmixción de varios líquidos o sólidos correspondientes a distintos propietarios (2)—no se da tampoco sino cuando haya inseparabilidad y aun cuando ésta se dé, sólo en el caso de que todo el resultado de la mezcla se atribuya exclusivamente a uno de los dos propietarios. Resulta claro que si las dos cantidades de materia se pueden separar, la regla aplicable es la dada por el art. 471; el que no ha consentido en que se opere la mezcla tiene derecho a obtener la separación. Y si la separación no es posible sin que se siga perjuicio, no es necesario que cambie la relación de pertenencia; sólo se cambia la propiedad separada en un condominio en el que cada propietario participa en proporción al valor de la materia a él perteneciente (art. 471, párrafo 1.º)

Se produce adquisición cuando la materia de uno viene atribuida a otro por efecto de la mezcla; esto tiene lugar siempre en

(1) Sobre las graves dudas de interpretación a que da lugar esta disposición, ver, entre otros, Pampaloni, *Osservazioni sull'art. c. c.* (*Studi Lenesi*, IX, pág. 99 y siguientes) Brugi, *Proprietá*, II, pág. 372 y siguientes.

(2) Párrafos 27-28, Inst. 2. 1. Ver Ascoli, *Contributo alla teoria della confusione e conmixtione nel dir. rom.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, IV, 1887, páginas 43 y siguientes).

el supuesto de la inseparabilidad, cuando la materia perteneciente a uno de los propietarios pueda ser reputada principal, o sea muy superior en valor a la otra. La mezcla se convierte entonces en propiedad exclusiva del propietario de la materia predominante, quien tendrá obligación de pagar al otro el valor de su materia (art. 472).

Los artículos 473 475 añaden algunas reglas de carácter general: en los casos en que no haya adquisición a favor de uno, sino comunidad, puede cada uno de los condóminos pedir la venta del todo en pública subasta; en aquellos otros en que el propietario de la materia pueda reclamarla, le es dada la opción entre pedir otra materia de la misma cantidad y calidad o su valor; en todos los casos en que se haya utilizado materia ajena sin consentimiento del propietario, puede éste proceder con el fin de obtener el resarcimiento, y dejando siempre a salvo el ejercicio de la acción penal (1).

§ 55.—*Enajenación voluntaria. Transcripción.*

Filomusi, Enc. § 60; Brugi, Ist. §§ 22, 45; Pacifici, Ist. II, pág. 240; Chironi, Ist. I, § 79; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 58; Crome, Par. gen., § 21; pág. 233; Zachariae; Man. I, §§ 120-122, 190-193; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 207-209; Planiol, Traité I, núm. 2.589 y siguientes.

El principio fundamental imperante en nuestro Derecho por el que tanto se distingue del Derecho romano, es como ya dijimos, que en la enajenación o transmisión de la propiedad por

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Accesión: En el Código civil español la accesión es una facultad dominical, v. art. 353.

Sobre accesión discreta y concepto de frutos v. artículos 354, 355, 356 y 357. V. también artículos 451, 452, 471 y 474 sobre división de los frutos en *pendientes, separados, percibidos y consumidos*.

Sobre accesión continua en sus especies de aluvión, avulsión, mutación de cauce y formación de isla, v. artículos 367, 368, 369 (accesión mediata o condicionada, Castán: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1924) 370, 372, 371, 373 y 374 del Código civil español.

Sobre accesión por obra del hombre en bienes inmuebles, v. artículos 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364 y 365; y en bienes muebles los 376 a 383 (*adjunción, especificación y commixión*).

acto voluntario no precise la entrega de la cosa (*traditio*), bastando el mero consentimiento.

Para los romanos no bastaba el acuerdo entre las partes a transferir el dominio del transmitente al adquirente, porque de tal contrato no surgía más que una razón de crédito, nunca un derecho real; precisaba que al acuerdo, a la intención de uno a transferir el dominio, y del otro a adquirirlo, siguiese la *traditio*, y ésta consistía en la transmisión de la posesión de la cosa, es decir, en un acto que con el traspaso de la posesión manifestase la transferencia del dominio de uno a otro titular. Esta máxima, expresada en el famoso texto concebido en forma proverbial, *Traditionibus et usucapionibus dominio rerum, non nudis pactis transferuntur* (1) (mantenida en vigor durante todo el desenvolvimiento del Derecho romano, aunque realizada en el último período con formas de transmisión de la posesión tan idealizada que prepararon el advenimiento de un nuevo sistema), fué sustituida en el Derecho moderno, después de una larga elaboración, por el principio nuevo y perfectamente opuesto de que el solo consentimiento opera la transmisión del dominio.

En germen se encuentra ya en el propio Derecho romano en aquellas figuras de *traditiones fictae* que como la *tr. longa manu*, la *tr. brevi manu*, el *constitutum possessorum*, no ofrecían materialidad alguna del acto de entrega y no exigían un material desplazamiento en la posesión de la cosa. Cuando más tarde se suprime toda forma exterior de traspaso de la cosa, el acuerdo de las partes opera simultáneamente con efecto obligatorio y con efecto real.

Dispone en efecto el art. 1.125 del Código civil, que en los contratos que tengan por objeto el traslado de la propiedad (o de otro derecho real), la propiedad (o el derecho) se transmite y adquiere por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y la cosa pasa a riesgo y peligro del adquirente aun cuando no se haya efectuado la tradición. Y aplicándolo a la donación y a la compraventa, repiten los artículos 1.062 y 1.448, que la donación debidamente aceptada es perfecta y la propiedad se ad-

(1) L. 20, C. 2. 9.

quiere de derecho por el comprador con relación al vendedor en el momento en que ha habido acuerdo con respecto a la cosa y al precio, aun cuando no se haya efectuado la tradición de la cosa ni se haya pagado el precio.

Añadamos, sin embargo, que este nuevo principio—que aplicado con todo rigor daría lugar a gravísimas consecuencias en orden a la protección debida a la buena fe de los terceros—recibe una profunda atenuación de otros dos que concurren con él: principio de la necesidad de la transcripción para que el traspaso de la propiedad inmobiliaria sea plenamente eficaz aun frente a terceros, y el de que la posesión de buena fe vale como título en orden a las cosas muebles.

La máxima de que en materia de muebles la posesión se considera sin más como propiedad, cuando sea de buena fe, tiene origen germánico (*Hand muss Hand Wahreu*) y una larga historia que no puede aquí ser expuesta (1). Basta tener presente que se fué aceptando por la protección, seguridad y rapidez del comercio, porque faltando en materia de muebles un sistema cualquiera de publicidad de los actos alienativos y no debiendo dificultarse la rapidez de los traspasos de propiedad con formalidades exteriores, el único signo que permite reconocer el traspaso es la posesión. Del Derecho germánico pasó al Derecho francés antiguo y pasó luego al nuestro la máxima del Código

(1) Sobre las relaciones de ésta con la más antigua máxima *mobilia non habent sequelam*, sobre los precedentes históricos inmediatos y mediatos del principio acogido en el Código francés y sobre el más restringido aceptado por el nuestro, ver Ortlieb, *Effet de la possession des meubles en dr. fr.*, Nancy, 1861; Jolleville, *Essai sur la possession des meubles et sur la revendication des litres au porteur perdus ou volés*, 1873; Iobbé-Duval, *Etude histor. sur la revendication des meubles en dr. fr.*, París, 1881; Poincaré, *Du droit de suite dans la propriété mobilière*, París, 1883; Van Bemmelen, *Le Systeme de la propriété mobilière*, Leyde, 1887; Saleilles, *De la possession des meubles*, París, 1907; Baudry Lacantinerie, *Prescrizione* (trad. it. de Segre), pág. 640 y siguientes; Grossi, *Schiarimento Storico interpr. degli articoli 707-709 y 2.146 del Cód. civ.* (*Arch. giur.* XIII, 1874; página 255 y siguientes); Grisostimi, *Sulla massima in fatto di mobili il possesso vale titolo* (*Riv. it. p. le. Sc. giur.*, XLIV, 1908, pág. 325 y siguientes; Merk, *Die Entwicklung der Fahrnisverfolgung ieu franz. Recht* (*Rhein. Zeitschr.* VII, 1914, páginas 81, 173 y siguientes).

francés (art. 2.279), pero con contenido menos amplio que en aquél. La formulación en el francés es más amplia: *en fait de meubles la possession vaut titre*, sin tomarse en consideración la buena o mala fe del poseedor y bastando la mera posesión para considerar propietario a quien posee la cosa mueble. En nuestro Derecho precisa que la posesión sea de buena fe para que su adquisición valga como adquisición de la propiedad. En aquél Derecho, por regla general, se da la reivindicación de cosas muebles; en el nuestro no es ejercitable en los casos en que se dé la buena fe del poseedor a tenor del art. 707.

Esta máxima, que constituye una importante innovación del Derecho moderno, obra también como limitación del principio de que el simple consentimiento baste a transferir la propiedad. Cuando, en efecto, la misma cosa (mueble por naturaleza o título al portador) haya sido sucesivamente enajenado a dos personas diversas, debiera, si este principio imperase de un modo absoluto, concluirse que la propiedad perdida en el enajenante por la primera enajenación se ha adquirido por el primero de los dos adquirentes y no podía, por tanto, ser transferida a un segundo. Pero aquí interviene la máxima según la cual «posesión vale título» para los terceros de buena fe; el transmitente ha perdido el dominio, pero si a un segundo promete la misma cosa y le transfiere al mismo tiempo la posesión de ésta, el segundo adquirente es preferido al primero, no obstante el título ser posterior en fecha, porque la posesión se considera como propiedad y la reivindicación que debiera corresponder al primer adquirente no puede ejercitarse contra el poseedor de buena fe (art. 1.126).

A este régimen impuesto por la necesidad de cambios fáciles y rápidos de las cosas muebles, no podían venir sujetos los inmuebles. Pronto surgió para éstos, cuando la entrega del inmueble como signo exterior apto a manifestar el desplazamiento ocurrido en el derecho no fué ya requerido, un sistema especial de publicidad de los actos de traspaso de la propiedad y de constitución de derechos reales que no era posible organizar para los bienes muebles. Fue este sistema el de la transcripción que también interviene como limitación del principio del simple consentimiento. Por virtud del mismo (art. 1.942) si objeto de la

enajenación es un inmueble, la adquisición de la propiedad no produce efecto con relación a los terceros cuando el acto no sea transcrito. Esto produce una singular situación jurídica en los casos en que la transcripción se omita: se produce aquí la adquisición de la propiedad frente al alienante y no frente a los terceros; de modo que así como en los muebles quien primero recibe la cosa y sea poseedor de buena fe es preferido, en la adquisición de los inmuebles es propietario quien primero transcribe el propio título en los registros públicos.

La función esencial de la transcripción es hacer públicos los actos todos que se refieren a la propiedad inmobiliaria, ya impliquen enajenación del dominio o limitación del mismo por efecto de la constitución de derechos reales fraccionarios, ya produzcan una disminución del derecho de goce de los inmuebles o una limitación en la capacidad de disposición. Es suprema exigencia de todo ordenamiento jurídico el que se manifiesten y hagan públicas las vicisitudes todas de la propiedad inmobiliaria, ya en orden a los traspasos sucesivos, ya en orden a los derechos que en favor de otros pueden gravar el inmueble; la protección debida a la fe pública, la necesidad de proteger a los terceros contra los peligros de las enajenaciones clandestinas o constitución de derechos reales de goce, disfrute o garantía, hicieron surgir en los distintos países sistemas diversos de publicidad de los derechos inmobiliarios; y entre nosotros, a imitación de lo que se hizo en Francia, esta publicidad se operó con un doble registro público, el de las transcripciones para los actos traslativos de la propiedad o constitutivos de derechos reales de goce o disfrute y el de inscripciones para las hipotecas. Aplazando el tratar de esto último para cuando se estudie la hipoteca, conviene advertir que la transcripción, tendiendo a hacer públicos una serie de actos relativos a la propiedad inmobiliaria y no solamente los actos traslativos, es una institución que no se refiere únicamente a la adquisición de la propiedad; tiene un carácter más general. Ni puede enumerarse entre los modos de adquirir la propiedad, rigiendo como rige para los inmuebles el principio de que el dominio se transmite por el simple consentimiento. Actúa como condición para dar eficacia a la adquisición frente a los terceros,

siendo perfecto entre las partes el acto traslativo sin necesidad de transcripción y no valiendo ésta para sanar los vicios esenciales o formales del acto dispositivo. Así, cuando la transcripción se omite, el traslado se tiene como no efectuado frente a los terceros que adquiriesen un derecho real sobre el mismo inmueble, y de aquí la consecuencia que de varias y sucesivas enajenaciones prevalece la que aún siendo posterior haya sido primeramente transcrita.

Los orígenes del actual sistema de publicidad hay que buscarlos en la legislación francesa. Regía en algunos países de derecho consuetudinario (*pays de nantissement*) el principio de que la transmisión de la propiedad sobre los inmuebles no podía efectuarse válidamente sino mediante una investidura que era realizada por el Estado y de la cual se tomaba nota en los registros públicos. De este germen surgió el sistema introducido por la ley de 11 de Brumario del año VII, que estableció la transcripción; el acto traslativo debía ser transcrito en los registros públicos, y a falta de tal formalidad, el traspaso de la propiedad que era perfecto entre alienante y adquirente debía considerarse como no efectuado frente a los terceros que hubiesen contratado con el primero derechos sobre el mismo inmueble, ateniéndose a las normas legales en cuanto fueran transcritos. Las ulteriores vicisitudes de aquel primer sistema que, rechazado por el Código napoleónico, fué más tarde restablecido con una ley de 23 de Marzo de 1855, no deben ser aquí seguidas (1). Basta con decir que da el paso a nuestro ordenamiento actual cuyas líneas fundamentales son las siguientes (2):

(1) Sobre la historia de la institución en Francia, ver Planiol, *Traité* I, núm. 2.603 y siguientes; Aubry et Rau, *Cours*. II, § 207, pág. 419 y siguientes; Zachariae, *Man.* I, § 191, pág. 547 y siguientes. Notables precedentes de la institución pueden hallarse en la legislación veneta del siglo XIII. También la legislación parmense contenía un completo sistema de publicidad; ver Ercole, *Di alcuni precedenti della trascrizione sec la legge parmense (Studi per Brugi*, pág. 519 y siguientes.

(2) Las obras principales sobre nuestro sistema de la transcripción, son las de Mirabelli, *Dei principi fondamentali dell'istituto delle trascrizioni secondo il c. c. it.* (*Arch. giur.*, XXXVII, 1886, pág. 8 y siguientes); Marchi, *La pubblicità dei trapassi riguardanti gl'immobili considerata dal as-*

a) *Actos sujetos a transcripción.*—Dado el fin que persigue la institución de la transcripción, deberán ser transcritos todos los actos que como quiera que sea impliquen una variación en la condición jurídica de los inmuebles; más restringido es el número de aquéllos que los artículos 1.932 y 1.933 quieren sometidos a tal formalidad, y dada la enumeración que la ley hace, éstos solamente y no otros deben considerarse sujetos a la transcripción (1). Pueden agruparse en tres categorías, según que impliquen: α) transmisión de la propiedad o constitución de derechos reales sobre inmuebles; β) limitaciones en el derecho de disfrute y de disposición de los mismos que atenúan notablemente su valor comercial sin hacer surgir el derecho real; γ) o bien ciertos efectos especiales determinados por la ley que llevan como consecuencia una limitación en la capacidad de disponer.

α) Figuran en la primera categoría:

1) Los actos *inter vivos* a título gratuito u oneroso que transfieren la propiedad de los inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca con excepción de las rentas del Estado (art. 1.932, núm. 1).

Son tales, por ejemplo, la venta, la permuta, la concesión enfiteútica, la donación, la constitución de dote (2), la constitución en usufructo, la dación en pago, etc.

petto economico e morale (ib. LIII, 1894, pág. 544 y siguientes); Coviello, *Della trascrizione*, 4.^a ed., Torino, 1901, y además las que se citen en lo sucesivo.

(1) Precisa tener presente que también por algunas leyes especiales se prescribe para determinados actos la transcripción. Así, por ejemplo, la ley de 26 de Diciembre de 1883, núm. 1.790, dispone que sean transcritos los actos de constitución de sindicatos de riegos por el vínculo real que se produce con los fundos sindicados.

(2) Se ha discutido vivamente si además del caso en que la dote viene constituida a la mujer por un tercero (dándose efectivo traslado de propiedad del constituyente a la mujer) se debe transcribir la constitución que la mujer haga a sí misma de inmuebles propios. Afirman los que no admiten la obligación de la transcripción, que aquí falta el traslado de propiedad y no se constituye un derecho real a favor del marido, y basándose en la enumeración taxativa del art. 1.932 y del 1.933, declaran que la obligación no puede extenderse a otros casos que no sean los previstos en estos artículos. Los adversarios dicen que aun no pudiéndose ha-

2) Los actos entre vivos que constituyen o modifican servidumbres prediales, derechos de uso o habitación o transfieren el ejercicio del derecho de usufructo (art. 1.932, núm. 2). Entre las servidumbres se excluyen las legales, faltando en ellas un acto que pueda ser transcrito y las servidumbres adquiridas por prescripción y por destino del padre de familia.

3) Los actos entre vivos de renuncia a los derechos enunciados en los dos números anteriores, es decir, todo acto por el que se renuncia a los derechos reales susceptibles de hipoteca, a servidumbres prediales, a derechos de usufructo, de uso, de habitación (art. 1.942, núm. 3), por implicar éstos un cambio en la condición jurídica de los inmuebles.

4) Las sentencias de ventas en pública subasta de propiedades inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca, exceptuado el caso de venta efectuada en el juicio de purgación a favor del tercer poseedor que ha entablado el juicio y exceptuadas las adjudicaciones seguidas a las subastas entre los interesados en una división (art. 1.932, núm. 4). La razón de ambas exclusiones estriba en que en el juicio de purgación, el título de poseedor había sido ya transcrito y la sentencia de venta no tiene efecto traslativo de la propiedad; no la tiene tampoco la adjudicación entre los interesados en una división por el carácter declarativo de ésta.

β) A la segunda categoría pertenecen:

1) Los contratos de arrendamiento de inmuebles por más de nueve años (art. 1.932, núm. 5) y ello porque rigiendo el principio de que la venta del inmueble no destruye el arrendamiento contratado por el vendedor debe ser hecho público un vínculo que afecte al libre disfrute de la cosa por tanto tiempo.

2) Los contratos de sociedad que tienen por objeto el dis-

blar aquí de constitución de un derecho real, la inalienabilidad que afecta a la dote, exige que sea conocida por los terceros, los cuales podrían resultar defraudados en orden a estos bienes y el único medio de conseguir esta publicidad es la transcripción. Ver sobre la controversia la bibliografía citada por Venzi en Pacifici, *Ist. II*, pág. 478 y siguientes. La cuestión ha sido legislativamente resuelta por la reforma de la transcripción como se dirá más adelante.

frute de los bienes inmuebles cuando la duración de la sociedad excede de nueve años o es indeterminada (art. 1.932, núm. 6): en este caso procede lo mismo, porque el vínculo que deriva de la relación social disminuye la disponibilidad y el valor de los bienes para cada uno de los propietarios.

3) Los actos o sentencias productores de la liberación o cesión de alquileres o pensiones no vencidos por un tiempo mayor de tres años (art. 1.932, núm. 7); y la razón es también aquí evidente cuando se considere la posibilidad que se sorprenda la buena fe del adquirente de un inmueble, cuya renta haya sido ya percibida o enajenada con cesiones o liberaciones por más de un trienio.

A estos actos se añaden en el art. 1.932, núm. 8 «las sentencias que declaran la existencia de una convención verbal de la naturaleza de las enunciadas en los números anteriores», refiriéndose de este modo a los actos todos que recordamos en las anteriores categorías. La disposición ha dado lugar a las más vivas controversias por hallarse en pugna con el art. 1.314, que exige la forma escrita (acto o instrumento público o escritura privada) para todas las convenciones que transfieren propiedad de inmuebles o constituyen o modifican servidumbres prediales, derechos de uso o habitación o transfieren el ejercicio del derecho de usufructo o implican renuncia de los citados derechos o tienen por objeto el arrendamiento de inmuebles por más de nueve años o bien la constitución en sociedad de bienes inmuebles por más de nueve años o con duración indeterminada. El conflicto es resuelto por algunos, corrigiendo la redacción del art. 1.932, número 8, en el sentido que las sentencias antes recordadas se refieren a convenciones verbales relativas únicamente a los actos indicados en el número 7; por otros, considerando el número 8, como no escrito por práctica imposibilidad de aplicación de su contenido; por otros todavía, recurriendo a hipótesis especialísimas de sentencias que hayan atentado, aunque sea ilegalmente la existencia de tales convenciones (1).

(1) Ver el extenso estudio que de esto hace Pacifici, Ist. IV, pág. 803 y siguientes; ver también Coviello, *Transcrizione*, I, pág. 259 y siguientes.

γ) Figuran en la última categoría:

1) El embargo en los juicios de ejecución de inmuebles (art. 1.943, núm 1) al efecto de impedir desde el momento de la transcripción toda enajenación por parte del deudor ejecutado en sus inmuebles o en sus frutos, debiéndose hacer la distribución de éstos entre los acreedores, juntamente con el precio de los bienes expropiados (art. 2.085).

2) La declaración de aceptación de la herencia con beneficio de inventario (art. 1.933, núm. 2), al efecto de hacer pública a los terceros la especial posición jurídica que el heredero beneficiado adopta respecto a la herencia (artículos 935 y siguientes).

3) Las demandas de revocación, rescisión y resolución de ciertos actos (art. 1.933, núm. 3); es decir, revocación de las donaciones por incumplimiento de las cargas impuestas al donatario (art. 1.080), revocación de las donaciones por ingratitud del donatario o por supervenencia de hijos (art. 1.088), revocación de los actos realizados en fraude de los acreedores (art. 1.235), rescisión de la división o de la venta por causa de lesión (artículo 1.308); resolución de la venta por causa de incumplimiento de las obligaciones por parte del comprador (art. 1.511), resolución de la permuta por evicción o por defecto en la propiedad de uno de los permutantes (art. 1.553), resolución de la constitución de renta por incumplimiento de las cargas (art. 1.787); y la razón es que estas demandas tienden a anular una enajenación ya ocurrida, por lo cual deben ser transcritas. Estas transcripciones deben anotarse al margen de la transcripción del acto de enajenación para que los terceros resulten inmediatamente advertidos de la amenaza que afecta al actual titular de los bienes (artículo 1.933, últ. pár.); una vez pronunciada la revocación, rescisión o resolución, la sentencia que las produjo debe ser anotada también al margen de la transcripción del acto revocado, rescindido o resuelto (art. 1.934).

b) *Forma de la transcripción.*—Se opera ésta consignando al conservador de hipotecas el título que contiene el acto sujeto a transcripción y registrándose éste en el libro especial de las transcripciones. A tal objeto precisa que el título sea depositado

en la oficina; el título no puede ser más que una sentencia, un acto público o una escritura privada, autenticada por Notario y con el título hay que presentar dos notas conteniendo los extremos esenciales para la identificación del título de los bienes y de las partes. El título se custodiará en el archivo con una de las dos notas, siendo la otra restituída al reclamante y el contenido de éstas es transcrito en el registro público. Reclamante puede ser cualquier interesado, pero la transcripción quienquiera que sea el que la solicite, aprovecha a todos los que tengan interés (art. 1.935-1.941).

c) *Efectos de la transcripción.*—Puesto que la transcripción no es un modo de adquirir, sino sólo una formalidad esencial para la publicidad de la adquisición, su virtud no consiste ni en suministrar la prueba del traspaso efectuado, ni en conferir validez al acto que fuese eventualmente nulo por vicios substanciales o formales, sino en dotar al acto de eficacia con relación a los terceros. Esto significa que, debiendo el acto de adquisición ser patente a todos, mediante la transcripción y ser ignorado si ésta falta, no pueden cuando se haya efectuado aquélla adquirir los terceros derechos que perjudiquen al adquirente; y cuando falte la transcripción pueden adquirirse por los terceros derechos en perjuicio del adquirente, si antes que éste proceden a su transcripción. Es, pues, objeto de la transcripción, no ya el hacer perfecta la adquisición entre las partes, porque nada añade a las relaciones entre enajenante y adquirente, sino el de fijar y hacer valer el derecho de éste frente a los terceros. Por *terceros* no deben entenderse todos aquellos que resulten extraños a la relación entre alienante y adquirente, puesto que así como entre éstos, del mismo modo entre el adquirente y los terceros, extraños a la adquisición, el acto es válido, no obstante no haber sido transcrito. *Terceros* son aquellos que hayan adquirido un derecho real sobre el inmueble o uno de aquellos derechos que para ser conservados deben ser transcritos o inscritos; son, pues, titulares de un derecho que recae en la misma cosa, los cuales tienen un legítimo interés en hacer valer la falta de transcripción de la adquisición hecha por otro. Por tanto, no son tales ni los herederos del transmitente, los cuales subrogados en la posi-

ción jurídica del difunto asumen todas las obligaciones de éste y deben respetar el acto realizado por su causante; ni los representantes de las personas incapaces, como menores sujetos a interdicción, porque a ellos incumbe la obligación de transcribir el acto realizado en interés de sus representados (artículo 1.944); ni los acreedores quirografarios de aquéllos, porque no adquirieron un derecho en el inmueble, ni tampoco aquellos que hayan adquirido un derecho en el inmueble, sin que lo hayan conservado por no haber transcrito o inscrito su título (artículo 1.942).

Bajo un doble aspecto, pueden determinarse los efectos de la transcripción, según que se haya o no realizado.

α) *Verificada la transcripción* no puede surtir efecto contra el adquirente la transcripción o inscripción de derechos adquiridos del precedente propietario, aunque la adquisición sea anterior en tiempo al título transcrito (art. 1.942, pár. 2.º). Como el transmitente no puede conceder a otro derecho alguno sobre el mismo inmueble que ya no es suyo, así los que haya concedido antes de la enajenación no tienen valor respecto al adquirente que transcribió (1).

Queda la responsabilidad personal del que transmite hacia el que ha sido defraudado por la sucesiva enajenación; pero la adquisición del derecho, no obstante ser anterior, es nula, no pudiéndose verificar la transcripción válidamente luego que otro ha transcrito a su favor.

β) *Omitida la transcripción*, todos los actos enunciados en el art. 1.932 no producen efecto alguno con relación a los terceros que con cualquier título adquirieron y conservaron legalmente derechos en el inmueble (art. 1.942). Pueden los terceros oponer al tercero, que omitió tal formalidad la falta de transcripción de su título y hacer valer sobre el inmueble los derechos suyos que estén en contradicción con aquél. Ni el propio

(1) Cuando la precedencia de la transcripción haya sido obtenida fraudulentamente en perjuicio del primer adquirente, ¿debe declararse nula la segunda adquisición? Responde que sí Luzzati, *Trascrizione*, II, número 100, y negativamente Brugi, *Nullità di trascrizione* (*Riv. dir. comm.*, 1915, II, pág. 770) y Coviello, *Trascrizione*, I, pág. 176.

adquirente puede válidamente transferir a otros la propiedad del inmueble o constituir sobre él derechos; los adquirentes sucesivos no podrían transcribir eficazmente a cargo de aquel de quien traen su causa, en cuanto habiendo él mismo, omitido la transcripción de su adquisición figurará como propietario o titular del derecho el alienante anterior.

El sistema que hemos expuesto sumariamente es el que resulta de las normas acogidas en el Código civil. Sistema imperfecto y que ofrece bastantes inconvenientes y algunos de éstos graves. Abstracción hecha de la consideración de que alguien puede ser propietario de un inmueble respecto al vendedor y no serlo con relación a los terceros, el defecto principal estriba en que, hallándose excluidos de la transcripción los traspasos de la propiedad y demás derechos reales por actos *mortis causa* y los actos de división como meramente declarativos y no traslativos de la propiedad, no se cumple el fin principal a que debe tender todo perfecto sistema de publicidad: presentar una historia continua y completa de los traspasos y dar a quien consulta los registros públicos la absoluta seguridad sobre la pertenencia del derecho.

A proporcionar esta seguridad, que es condición esencial para el desarrollo del crédito, tendieron varias propuestas de reforma de la institución de la transcripción, especialmente un proyecto de ley aprobado por la Cámara el 3 de Abril de 1906, cuya relación debida a Gianturco es una de las más profundas y brillantes exposiciones de tan grave problema (1), y posteriormente el proyecto de ley mucho más perfecto presentado por Scialoja al Senado el 3 de Marzo de 1910, que orgánicamente reformaba todo el título XXII del libro III del Código (2). Pero ni uno ni otro se convirtieron en leyes por desgracia.

(1) Gianturco, *Disposizioni sulla pubblicità dei diritti immobiliari. Relazione alla Camera*, 8 de Junio de 1905 (reprod. en Sist. I, pág. 477 y siguientes).

(2) Scialoja, *Della trascrizione*, Proyecto de ley (Atti parlam. Legislación XXIII, Sess. 1909-1910). Y sobre éste ver el estudio de Venezian, *Il disegno di legge Scialoja sulla trascrizione* (*Riv. dir. civ.*, II, 1910, página 509 y siguientes).

De los estudios anteriores que prepararon y maduraron la reforma,

Lo que no fué hecho en la calma de los tiempos de paz se realizó durante la guerra, y como frecuentemente ocurre con la legislación bélica de un modo imperfecto e inorgánico, ya que también aquí, como en otros casos, la reforma fué hecha al impulso de necesidades fiscales y mirando únicamente a éstas de modo que la modificación tan universalmente reclamada se operó casi de rechazo e indirectamente como consecuencia de las modificaciones del sistema tributario más bien que por vía directa y franca. De aquí la duda que en la doctrina se manifestó sobre si se trataba de reformas con efectos substanciales, implicando modificaciones reales del sistema del Código; de todos modos se observan en él imperfecciones y deficiencias que impondrán al legislador la necesidad de volver sobre el tema (1).

A fin de procurar meros recursos al Erario el Decreto-ley de 9 de Noviembre de 1916, número 1.525, párrafo H, y luego el Decreto-ley de 6 de Enero de 1918, número 135 (que reproduciendo el pár. H del precedente aprueba el nuevo texto único del Arancel hipotecario), introducían dos novedades en el ordenamiento de la institución: a) sometían a transcripción las divi-

recordamos Gianturco, *La pubblicità dei trasferimenti di diritti reali immobiliari*, Napoli, 1889; *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario*, Napoli, 1893; Mirabelli, *Dai Miglioramenti da doversi arrecare al sistema della trascrizione*, Napoli, 1895; Cannada-Bartoli, *Sulla trascrizione degli atti mortis causa*, Napoli, 1896; Coviello, *Osservazioni sulla riforma della pubblicità immobiliare (Temi sic., III, números 9-10 y Riv. crit. di dir. e giur. III, números 1-2)*; Luzzati, *Riforma del sistema di pubblicità dei diritti immobiliari* (Relación al IV Congreso jurídico), Napoli, 1897, II, página 311 y siguientes; Cannada-Bartoli, *Riforme... etc.* (Relación id.) ib., página 355 y siguientes; Venezian, *Riforme... etc.* (Relación id.) ib., página 471. Para análogo problema en Francia, ver Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1891; *Le crédit foncier et les charges de la propriété immobilière*, París, 1900; De Loynes, *Le Code civil et la réforme hypothécaire, régime de la transmission de la propriété (Livre du centenaire, I, pág. 383 y siguientes)*; Gouyllard, *La révision du régime hypothécaire établi par le Code civ.* (ib. I, pág. 415 y siguientes).

(1) Ver los primeros comentarios sobre ella; Coviello, *La riforma della trascrizione secondo il Decreto-ley del 9 de Noviembre de 1916* (*Riv. diritto civ.*, VIII, 1916, pág. 740 y siguientes); Ramponi, *Due note sulla obbligatorietà delle trascrizioni* (*Rend. R. Acc. Scienze di Bologna*, 1918) y *Anco-re sull' obbligatorietà delle trascrizioni secondo i recenti d. l.* (ib. 1919).

siones de inmuebles y de otros derechos susceptibles de hipoteca, extendiendo a ellas la norma del art. 1.932, así como la del 1.314 (que exige *ad substantiam* la forma escrita); *b*) hacían obligatoria la transcripción, poniendo a cargo del Notario o del oficial que autenticaba la de los actos indicados en los primeros cinco números del art. 1.314, y a cargo del Canciller la de las sentencias indicadas en los números 4, 7 y 8 del art. 1.932 y en el art. 894 del Código de Procedimiento civil, con un breve término (treinta días) para efectuarla y con la conminación de multas en caso de transgresión (extendiéndose de este modo el precepto de la obligatoriedad, establecido excepcionalmente para las sentencias de ventas en pública subasta, art. 1.932, Código civil y 685 del Código de Procedimiento civil).

Posteriormente se extendió la reforma, ampliándose el número de los actos sujetos a transcripción; en efecto, con el Decreto-ley de 21 de Abril de 1918, número 575, modificativo del texto único sobre Arancel hipotecario, se han añadido las adquisiciones inmobiliarias por acto testamentario, los actos de constitución del vínculo dotal, las estipulaciones relativas a la comunidad conyugal, los embargos y secuestros dirigidos a interrumpir la prescripción (art. 2.125 del Código civil), el secuestro gubernativo a fin de retorsión o represalia en perjuicio de súbditos enemigos, todo acto declarativo de propiedad o de otros derechos inmobiliarios; por otra parte, se ha extendido la obligación de la transcripción, aplicándola a los actos mencionados en el art. 1.314, así como en el art. 1.933 (a más de los contenidos en el 1.932), regulando más precisamente la misión del Canciller al enunciar los actos y sentencias todos que debe transmitir (1) a tal fin al conservador de hipotecas, siempre dentro del término de treinta días (para el Notario el término ha sido prolongado a noventa días) e imponiendo a cargo del actor o Procurador la obligación de anotar marginalmente al acto transcrito las demandas de anulación, resolución, rescisión, revoca

(1) Derogando parcialmente el art. 1.936 del Código civil que obliga a presentar al conservador el título que se quiere transcribir, se ha facultado a los Cancilleres para pedir la transcripción, valiéndose de la comunicación postal

ción (1) o modificación de los actos que se refieren a los inmuebles.

Así, el nuevo ordenamiento de la transcripción resulta de la combinación de las reglas del Código con las del decreto de 21 de Abril de 1918, y el índice completo de los actos que deben ser transcritos es el que resulta de los artículos 2.º y 3.º de este decreto. Por el art. 2.º deben transcribirse:

a) Los actos mencionados en los artículos 1.314, 1.932 y 1.933 del Código civil.

b) Los actos de división de los bienes inmuebles o de otros derechos susceptibles de hipoteca, de constitución de dote en bienes inmuebles de la mujer, estipulaciones de la comunidad conyugal y, en general, todos los actos *inter vivos* a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de la propiedad de bienes inmuebles, de enfiteusis, de usufructo, de uso, de habitación o de servidumbres prediales.

c) Los testamentos y las actas de depósito de los testamentos ológrafos, de apertura o publicación de los secretos, así como de los actos, cualesquiera que sean, de los que resulte la cualidad de heredero o legatario cuando contengan disposiciones relativas a bienes inmuebles.

d) Los embargos y los actos de secuestro a que hacen referencia el art. 2.125 del Código civil, el art. 5.º del decreto-ley de 8 de Agosto de 1916, núm. 961 y el art. 5.º, párrafo 1.º del decreto-ley de 18 de Enero de 1918, núm. 36 (secuestro de bienes y haciendas comerciales pertenecientes a súbditos enemigos).

Y por el art. 3.º se impone a los Cancilleres el pedir la transcripción de los siguientes actos:

a) Sentencias indicadas en el art. 1.932, números 4, 7 y 8 del Código civil y en el art. 894 del Código de Procedimiento civil.

b) Sentencias declarativas de la existencia o modificación de alguno de los actos o derechos indicados en el artículo pre-

(1) El texto legislativo dice «renovación», pero evidentemente con error y se corrige como lo he corregido leyendo «revocación»; la palabra renovación no tiene aquí sentido.

cedente, letras *a*) y *b*), observándose para las sentencias de anulación, resolución, rescisión o revocación el art. 1.934 del Código civil.

c) Sentencias de las que resulte la cualidad de heredero o legatario de bienes inmuebles, la aceptación o renuncia de la herencia legítima o testamentaria.

d) Peticiones de herencia y demandas de entrega de las cosas legadas.

e) Demandas de nulidad del testamento o de la división.

f) Demandas de reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones.

g) Demandas de nulidad y de simulación de contratos.

h) Demandas dirigidas a reivindicar la propiedad o los derechos reales de disfrute.

i) Demandas hechas para interrumpir la prescripción a tenor del art. 2.125 del Código civil.

j) Ordenes de secuestro de inmuebles a tenor de los artículos 1.875, núm. 1 del Código civil y 921 del Código de Procedimiento civil.

Quedaban aún excluidos de la transcripción todos los trasposos de bienes inmuebles por sucesión hereditaria *abintestato*, y a cubrir esta última laguna acudió el Decreto-ley de 24 de Noviembre de 1919, núm. 2.163, el cual ha extendido también a éstos la obligatoriedad de la transcripción sometiendo a ella los certificados de denuncia de sucesión cuando ésta comprende bienes inmuebles y derechos susceptibles de hipoteca y siempre que el valor de las cuotas líquidas de la herencia (1) sean superiores a 100 liras.

Se ha desarrollado en esta forma un complejo y amplio sistema de publicidad de todos los actos que afecten a la propiedad o a otros derechos reales inmobiliarios (2). Y el sistema es

(1) El texto añade «y de los legados», pero el legislador evidentemente dormía en aquel momento, no siendo concebible hablar de legados en una sucesión que tiene lugar sin testamento.

(2) También el acto de redención del censo enfiteútico y la demanda relativa deben ser transcritos en virtud del Real decreto-ley de 15 de Julio de 1923, núm. 1.717 (art. 14).

casi completo, porque a la transcripción escapan ahora solamente (por el modo de configurarse el sistema de la obligatoriedad) los negocios contenidos en escrituras privadas que no hayan sido autenticadas por Notario. Y con someter las divisiones a la formalidad de la transcripción no se les ha despojado de su carácter de actos meramente declarativos de la propiedad; e introduciendo para ellas la obligación de observar la forma escrita, se ha elevado ésta a elemento esencial de la división inmobiliaria, de modo que de ahora en adelante es nula la hecha verbalmente (1).

En cuanto al alcance de las nuevas normas, yo me inclino a la opinión de que, no obstante surgidas para acallar exigencias fiscales, tienen eficacia análoga a las del Código civil, y que para los nuevos actos vale también el principio del art. 1.942: si no son transcritos se hallarán privados de eficacia con relación a los terceros que adquirieron y legalmente conservaron derechos en el inmueble (2). Admitir la tesis opuesta es contrario, tanto a las declaraciones contenidas en las relaciones que preceden a los Decretos como al espíritu mismo de que éstos están animados, esto es, el de acelerar con ocasión de la guerra una reforma que por mucho tiempo era reclamada para organizar mejor la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

(1) Naturalmente, como advierte Coviello, por efecto de la reforma del art. 1.932, núm. 4, precisa no leer más la frase final «exceptuadas las adjudicaciones, efecto de las subastas entre interesados en una división».

(2) De opinión contraria, Ferrara, *Diritto di guerra e diritto di pace* (*Riv. dir. comm.*, 1918, pág. 609); para combatirla escribió Ramponi la segunda de las notas recordadas.

No se me ocultan las objeciones graves que pueden hacerse contra la tesis por mí defendida; especialmente en relación a las divisiones de eficacia substancial, suscita fuertes dudas: Quizás un nuevo motivo de complejidad es dado por la limitación que el último Decreto de 24 de Noviembre de 1919, establece reduciendo la obligación de la transcripción a las cuotas hereditarias superiores a las 100 liras, por tanto para las inferiores no se exige la transcripción; por esto se darían dos sistemas diversos. Todos estos inconvenientes derivan de la falta de madura meditación de la reforma.

A más del expuesto hay otros sistemas (I) que desarrollan diversamente el principio de la publicidad de los derechos rea-

(I) A completar² estas indicaciones sobre la publicidad de los derechos reales inmobiliarios, deben ser recordados aquí algunos sistemas de los derechos extranjeros como el australiano de la *inmatriculación* y el *tabular* germánico, así como el histórico vigente en el Egipto greco-romano.

El sistema de la inmatriculación, escogido por Torrens, de quien toma su nombre (*Ac Torrens*) consiste en que todo fundo es inmatriculado en un registro público talonario que contiene un plano del mismo. A la inmatriculación se procede a petición del propietario o de quien se considere tal, previa comprobación de los títulos justificativos de su derecho y hechos los anuncios que hagan posible la oposición de los terceros interesados. Transcurridos los términos sin oposición y resueltas las controversias, el titular recibe un documento en el que se acredita su condición de propietario del fundo contra el que no se puede entablar oposición; el documento atesta de un modo irrefragable su propiedad contra todos y el Estado se constituye en asegurador de tal propiedad. Los ulteriores traslados se verifican retirando el Estado el documento del alienante y expidiendo otro nuevo a favor del adquirente.

El sistema germánico de los libros fundiarios se funda en el principio que la inscripción de los traspasos inmobiliarios en los libros fundiarios es requisito esencial para que la propiedad se adquiera, no sólo frente a los terceros, sino también entre alienante y adquirente. Todos los actos traslativos deben ser inscritos en el libro, el cual se halla organizado según el sistema de los *folios reales*: a cada fundo corresponde un folio en el cual se hacen constar sus sucesivos traslados. Y como el consentimiento de las partes no es por sí solo suficiente a efectuar el traslado de la propiedad u otro derecho real, precisa un acto posterior para que se efectúe la adquisición frente a todos y esta es la declaración que las partes hacen de querer transmitir y recibir la propiedad ante el oficial encargado de los libros fundiarios (*auflassung*) a quien como Magistrado corresponde comprobar la validez formal y substancial del acto. Aplicada también a los actos *mortis causa* e integrada con un sistema de prenotaciones (que tienen por objeto advertir a los terceros de que se ha dado ya el consentimiento para enajenar en el intervalo que media entre el acto alienativo y su inscripción o darles a conocer las demandas de resolución del traslado ya efectuado), la intabulación consigue ser un espejo de las vicisitudes todas de cada fundo de su pertenencia y de su proveniencia, de las hipotecas, servidumbres y cargas reales que lo gravan y de las causas de resolución que amenazan el derecho del actual titular.

Sobre esto véase Crome, *System*, III, § 357 y siguientes, pág. 88 y siguientes; Klumpp, *Deut. Grundbuchrecht*, 1904; Oberneck, *Reichsgrund-*

les inmobiliarios, y de ellos algunos ciertamente de modo más perfecto que en nuestro derecho (1).

buchrecht, 1904; Kretschmar, *Einführung in das Grundbuchrecht*, 1902; Best, *Grundbuch und Hypothekrecht*, 1896, etc.

Un sistema de publicidad de los derechos inmobiliarios que alcanzó gran desenvolvimiento y perfección hasta el punto de ser casi igual al de la intabulación germánica y muy superior al nuestro de transcripciones e inscripciones, fué conocido y practicado en el antiguo Egipto. Los recientes descubrimientos de papiros nos han revelado casi por completo la admirable organización que tenían allí los libros fundiarios custodiados en la βυβλιοθήκη ἐγπτῆσεων, cuyos folios (διατεῶματα) conteniendo el índice alfabético de los poseedores y ordenados con el sistema de la inscripción personal (no real) eran destinados a recibir todas las variaciones definitivas o provisionales en orden a los traspasos de la propiedad y de los derechos reales, especialmente de las hipotecas. Al frente de βιβλιοθήκη la cual, al parecer, existía en cada ciudad, estaban los βιβλιοφύλακες a quienes debían ser presentadas las declaraciones de las adquisiciones y las peticiones de las variaciones (ἀπογεαφαι) y sin que pudieran actos de tal naturaleza redactarse por los notarios y conservadores de documentos (συναλλαγματονεάφοιται μνήμονες) sin la autorización de los βιβλιοφύλακες. Para más detalles sobre este régimen ver Ruggiero, *Le prime illustrazioni della c. d. Pelozione di Dionysia* (*Bull. Ist. dir. rom.* XIII, pág. 61 y siguientes); Lewald, *Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechts*, Leipzig 1919; Eger, *Zur ägyptischen Grundbuchwesen in röm. Zeit*, Leipzig, 1909; y sobre estos dos trabajos ver De Ruggiero, *Libri fondiari e ordinamento catastale nel Egitto greco-romano* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXI, página 255); ver también Preisigke, *Das Wesen der βιβλιοθήκη ἐγπτῆσεων* (*Klio* XII, 1912, pág. 402 y siguientes); Meyer, *Iur. Papyri*, Berlín, 1920, página 195 y siguientes.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— El carácter absoluto, *erga omnes*, del derecho real ha reclamado siempre un modo ostensible y material para su transmisión y constitución, modificación o extinción. En Roma y en nuestras Partidas descansó en la distinción de *título* y *modo*, causa lícita o motivo de la adquisición, y acto por el cual queda sometida a nuestro poder y señorío la cosa adquirida por aquéi; los actos constitutivos del *modo* carecieron en ocasiones de la notoriedad adecuada para dar a conocer a los terceros la mutación producida en la relación jurídica y por esto el sistema no puede servir el interés de las sociedades modernas de alentar y robustecer el crédito territorial. Frente a él surgieron dos sistemas opuestos entre sí: el francés—espiritualista y filosófico—y el alemán—materialista y de inscripción—. En el primero, la propiedad se adquiere sin más que el contrato; en el segundo, el acuerdo de voluntades no es bastante para transmitir la propiedad que con respecto a los bienes inmuebles se realiza por la *Auflassung* y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El Código civil español parece adoptar en su art. 609 el sistema ro-

§ 56.—*Prescripción adquisitiva*

Bugli, Ist. § 44; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 374; Filomusi, Enc., § 69; Diritti reali, §§ 58-64; Chironi, Ist. I, § 138; Zachariae, Man. I, §§ 195-199; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 210-218; Planiol, Traité, I, número 2.644 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2 §§ 175-183 (1).

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir, no sólo

mano al disponer que la propiedad y demás derechos sobre los bienes, se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Creencia que viene robustecida por lo dispuesto en el 1.095, según el cual, el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, pero sin adquirir derecho real sobre ella hasta que la entrega tenga lugar. Ahora bien, esa tradición en nuestro Derecho es muchas veces simbólica y la inscripción en el Registro prevalece sobre ella, ya que en el caso de doble venta de un inmueble frente a los terceros, es adquirente el que inscribe aunque en el orden civil no haya sido el primero en adquirir.

En el sistema de nuestro derecho escrito, tiene igualmente realidad ese dualismo de régimen jurídico - civil entre las partes otorgantes e hipotecario para los *terceros* - de que habla el autor en el texto. Nuestra ley Hipotecaria es una ley de *terceros* o para los *terceros*. Los efectos de la inscripción sólo a ellos se refieren: a los contratantes, salvo los artículos 24, 41 y 146, no les afecta, rigiendo para ellos en todas sus consecuencias el derecho civil.

Además, en nuestro sistema hipotecario, la inscripción nada crea, no es *constitutiva* sino meramente *declarativa* ya que su función es publicar, declarar derechos creados con anterioridad y con independencia del Registro. Por excepción es *constitutiva* en el derecho real de hipoteca (artículo 146) de tal manera que sin ella carece de existencia y validez jurídica. Los autores ven otro intento de sustantividad de la inscripción en los artículos 24 y 41 prohibiendo el ejercicio de acciones contradictorias del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previa o simultáneamente se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste aquel dominio y presuponiendo en el propietario inscrito el goce de los derechos posesorios «mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del art. 445 del Código civil» (Real decreto-ley de 13 de Junio de 1927).

(1) Ver Pugliese, *La prescrizione acquisitiva* 3.^a ed., Torino, 1911; Mirabelli, *Della prescrizione*, Nápoles, 1893; Tartufari, *Effetti del possesso*, Torino, 1878-1888; *Trattato del possesso qual titolo di diritti*, Torino, 1878, 1879. Sobre la historia de la usucapión y su doctrina en derecho romano, ver Esmein, *Sur l'histoire de l'usucapion* (*Nouv. ver. hist.*, 1885, pág. 262) y Bonfante, que más que ningún otro profundizó en la génesis y evolución de la institución en sus numerosos escritos sobre la materia recopilados y enmendados en *Scritti giur.*, II, pág. 469 y siguientes.

la propiedad, sino también los demás derechos reales, si bien no sea a todos aplicable. La define el Código civil en el art. 2.105 como «un medio por el que por el transcurso del tiempo y con determinadas condiciones una persona adquiere un derecho»; mejor se ponen de relieve sus elementos (limitándonos a considerarla como modo de adquirir el dominio) en la notable definición romana: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (1).

En dos hechos fundamentales se basa, efectivamente, la adquisición por prescripción: la posesión de la cosa por parte de quien no es su propietario y la duración de ésta por un cierto tiempo. De la conjunción del tiempo con la posesión, hace derivar la ley la adquisición, la cual es uno de los efectos más importantes de la posesión en cuanto que prolongándose en el tiempo viene transformada de un estado de hecho en propiedad.

Cómo se debe explicar este fenómeno por el cual quien posee por un cierto tiempo una cosa ajena se convierte en propietario de la misma, cuál sea la causa que justifique la adquisición por prescripción (que, como ya dijimos, no puede incluirse entre los modos derivativos ni entre los originarios, ya que en tanto en ella la propiedad surge en un nuevo titular en cuanto que se funda en la posesión que pasa del precedente propietario al adquirente), es muy discutido por los juristas. Algunos la justifican como presunción de abandono por parte del propietario anterior; otros por el principio económico de que tiene derecho a haber la cosa como suya el que se pone en relación con ella aplicando a ella su trabajo y no el que se abstiene de toda relación con la cosa sin manifestar en modo alguno su poder sobre la misma; otros en la suprema exigencia de dar seguridad a los dominios y asegurar la paz social en cuanto que, transcurrido un cierto tiempo, no debe consentirse a nadie, incluso al mismo antiguo propietario de atacar el derecho de quien actualmente tiene la cosa en su poder (2). Esta última fué la explicación acep-

(1) Modestino, fr. 3. D. 41. 3.

(2) Insostenible nos parece la opinión de aquellos que la quieren incluir en los modos originarios poniendo de manifiesto la falta de una verdadera relación entre el propietario anterior y el adquirente. Si en la

tada por los romanos para justificar la institución de la *usucapio* (1) y podemos aceptarla, siquiera como causa primera que provocó históricamente la aparición de la institución, si bien la verdadera intrínseca justificación de la adquisición se basa según la más moderna concepción de la propiedad en el principio del trabajo y de una efectiva exteriorización de la voluntad y del señorío.

Tres son los requisitos de la prescripción adquisitiva: una cosa capaz (*res habilis*), o sea, apta para ser adquirida por usucapión; la posesión de la misma con ciertas condiciones; el tiempo establecido en la ley, es decir, la duración de la posesión por un tiempo determinado.

a) No todas las cosas son susceptibles de ser adquiridas por prescripción. Se hallan excluidas las cosas extra comercio, como las demaniales (art. 2.113); no son susceptibles: el fundo total y las cosas todas que pertenezcan a los menores no emancipados, a los sujetos a interdicción por enfermedad mental, a los militares en servicio activo y en tiempo de guerra (art. 2.180). Fuera del campo del derecho de propiedad y entre los derechos reales en cosa ajena, se exceptúan las servidumbres discontinuas y en las continuas las no aparentes (art. 630). La limitación más notable es la del principio, que en orden a las cosas muebles la posesión vale como título (art. 707); tal principio—que en derecho francés, dada su amplitud, hace aplicable la *usucapio* sólo a las cosas inmuebles—hace que en nuestro Derecho no se aplique este modo de adquirir a las cosas muebles poseídas de buena fe para las cuales no precisa el transcurso del tiempo, sino que basta para que surja la propiedad la adquisición de la posesión (2).

prescripción ordinaria la relación se reduce a una mera sucesión cronológica, hay algo más que ésta en la prescripción decenal en que es necesario un título; el cual, si bien no basta para la adquisición, constituye su base indispensable. La categoría de los modos derivativos y de los originarios no deja lugar a la usucapio.

(1) Gayo, fr. 1. D. 41. 3. *Bono publico usucapio introducte est, ne silicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

(2) Esto ha hecho decir a muchos autores que en orden a los mue-

Quedan excluidas de este modo la mayor parte de las cosas muebles, no pudiendo hablarse de prescripción si no es respecto a las cosas extraviadas o robadas y a las poseídas de mala fe (1).

Precisa la posesión de la cosa, pero no basta una posesión cualquiera. Dejando para su lugar oportuno el precisar el concepto de posesión, baste ahora tener presente que lo que se requiere es la posesión legítima (art. 2.106) que tenga los caracteres indicados en el art. 686 (continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con ánimo de tener la cosa como propia). No es suficiente, pues, la simple detentación o posesión natural en la que falta el ánimo de tener la cosa como propia. De esto se deduce que no pueden prescribir en su favor los simples detentadores o poseedores precarios, es decir, los que poseen en nombre ajeno, como son el arrendatario, el depositario y el usufructuario; poseen éstos la cosa en virtud de un título que les obliga a restituirla a aquel de quien la recibieron; poseen por cuenta de este último y se halla excluida la posibilidad de un *animus domini*. Lo cual vale también para sus sucesores a título universal, porque como tales se sitúan en la misma relación que tenían aquéllos con la cosa (art. 2.115). Por largo que sea el tiempo de esta posesión, no es posible jamás la adquisición. Ni serviría de nada el tener la intención de haber la cosa como pro-

bles se daría una *prescripción instantánea*, frase que puede dejarse pasar como expresión figurada para poner de manifiesto la inmediata adquisición de la propiedad en el poseedor de buena fe pero que es errónea y antijurídica si se quiere designar con ella una forma de prescripción porque en el concepto de prescripción figura el del transcurso de un cierto tiempo que aquí falta por completo.

(1) Un fenómeno completamente opuesto se verifica en aquellas legislaciones que habiendo adoptado el sistema de los libros fundiarios para la propiedad inmobiliaria exigen (como ocurre en los sistemas germánicos) la inscripción en los registros inmobiliarios como condición para la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales sobre inmuebles; en ellas la usucapión de inmuebles tiene mucha menos importancia y viene o totalmente excluida o limitada en su aplicación a casos excepcionales. Según el Código civil alemán, por ejemplo, sólo excepcionalmente puede ser aplicada la prescripción adquisitiva a los inmuebles en los casos y con el procedimiento indicados en el § 927.

pia, porque este *animus* es inconciliable con el título que les obliga a restituir; si al poseedor, en nombre ajeno, le fuese lícito, mediante un simple acto de volición interna, transformar en posesión verdadera y propia la posesión precaria, se abriría la puerta a las más inicuas expoliaciones, no pudiendo aquel en cuyo nombre se posee reconocer tal *animus* y oponerse a él. Es, pues, la condición precaria de naturaleza perpetua; dura en tanto subsiste la obligación de restituir.

El principio que aquí impera en forma de aforismo tomado de las fuentes romanas (1): *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (2) es el contenido en el art. 2.118, que declara que no se puede prescribir contra el título en el sentido que nadie puede cambiar con respecto a sí mismo la causa y el principio de su posesión.

Pueden éstos adquirir por prescripción cuando el título de su posesión haya cambiado, o por causa de un tercero, o por la oposición que ellos mismos hicieren al propietario (art. 2.116); esto es, cuando haya habido alteración en el título. Y ello ocurre cuando, por ejemplo, al tenedor de la cosa sea ésta transferida en propiedad por un tercero que no era propietario de la misma (hecho proveniente de un tercero), o bien que el tenedor, alegando la propiedad de la cosa, contradiga palmariamente el derecho del propietario mediante una declaración de voluntad o mediante actos unívocos y concretos encaminados a excluir al propietario del ejercicio de su derecho. En condición muy distinta están los sucesores a título particular de los poseedores precaristas y aquellos a quienes éstos hayan cedido la cosa a título de propiedad; cuando tengan buena fe, la adquisición por prescripción es posible, no verificándose aquí la plena substitución o subrogación que se opera en la sucesión universal (art. 2.117).

Precisa, finalmente, una cierta duración en la posesión (*continuatio possessionis*), el transcurso de determinado tiempo. Su

(1) Ver fr. 3. § 19, D. 41. 2; fr. 19. § 1. D. cód.

(2) Sobre esto véase De Ruggiero, *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* (en *Dir. prat. di dir. priv.*); Schlossmann, *Nemo sibi etc.* (*Zeitschr. der Sav. Shft.*, XXIV, 1903, pág. 13 y siguientes); Cornii, *Traité de la possession*, pág. 153 y siguientes.

duración depende de la determinación legal; el legislador se inspirará al fijar el término en la importancia económica, en la mayor o menor facilidad que tenga el propietario en un territorio más o menos vasto de conocer la iniciada usucapición de su cosa y de interrumpirla reclamándola, en la consideración de que tal conocimiento es más difícil entre ausentes que entre presentes, etc. Esto explica la variedad en la historia de la institución de los términos para la usucapición; bastaba un bienio para los inmuebles, un solo año para las demás cosas, según los términos de las XII Tablas; precisaban tres años para las cosas muebles, diez años entre presentes y veinte entre ausentes para los inmuebles en el Derecho justiniano; diez, veinte o treinta años según el Código francés (artículos 2.262-2.265) que acogió la antigua distinción de la prescripción entre presentes y ausentes y sólo la conoce en orden a los inmuebles; nuestro Código admite sólo dos términos (treinta o diez años) (artículos 2.135-2.137), habiendo rechazado la distinción indicada, aplicando a las cosas inmuebles y muebles el primer término y exclusivamente a los inmuebles el segundo (1).

Dos especies de prescripción se reconocen en nuestro Derecho civil y las caracteriza no sólo la diversidad del tiempo, sino también la diversidad de los requisitos de la posesión que, como es claro, deben ser más rigurosos para la más breve.

I. *Prescripción de treinta años.*—Son requisitos de ésta la posesión legítima y el transcurso de treinta años. Cuando concurren estos dos elementos, nada más se requiere para que se adquiera la propiedad u otro derecho real. No precisa en el prescribente, ni título ni buena fe, porque el transcurso de los

(1) Sobre la oportunidad de abreviar (también para la prescripción extintiva) los términos que fijados en un tiempo en que siendo menos rápidas y fáciles las comunicaciones, era necesario dejar al propietario un largo tiempo para que tuviese noticias de la posesión ajena y reclamar la cosa de quien se hallase en vías de usucapirla, aparecen hoy excesivamente largos en la prescripción de treinta años; estamos de acuerdo con Scialoja, *Per l'abbreviazione dei termini della prescrizione* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, pág. 3 y siguientes), que ha indicado éste como uno de los puntos de nuestro Código que reclaman reforma.

treinta años sana el defecto del uno o de la otra. Con fórmula amplísima y considerándola como prescripción extintiva, el artículo 2.135 dice de la prescripción de treinta años: «Todas las acciones, así reales como personales, prescriben con el transcurso de treinta años sin que pueda oponerse en contrario el defecto de título o de buena fe». Al efecto extintivo único que se pone en relieve en la disposición corresponde paralelamente el efecto adquisitivo; la propiedad, extinguiéndose, se extingue en el precedente propietario, pero es adquirida por el otro. Se aplica tanto a los inmuebles como a las cosas muebles en los límites (para estas últimas) en que no rige el principio del artículo 707. Y es esta, a decir verdad, una singular y extraña anomalía en un sistema en que, como en el nuestro, a la propiedad mobiliaria se reserva, frente a la inmobiliaria, un puesto secundario en la tutela jurídica; las cosas muebles son tratadas lo mismo que las inmuebles, mientras en otras legislaciones antiguas o contemporáneas se establece para las primeras un término más breve (1), y hasta resulta más riguroso el régimen de aquéllas si se tiene en cuenta que para los inmuebles hay una prescripción de diez años.

II. *Prescripción decenal*.—La prescripción decenal, establecida solamente para la adquisición de la propiedad o de otro derecho real sobre un inmueble, se funda también en una posesión legítima, pero requiere además dos condiciones: un título transcrito y la buena fe. «Quien adquiere de buena fe, dispone el art. 2.137, un inmueble u otro derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título que haya sido debidamente transcrito y que no sea nulo por defecto de forma, realiza la prescripción en su favor con el transcurso de diez años, a partir de la fecha de la transcripción». El requisito de la transcripción de título explica por qué esta prescripción no sea aplicable a las cosas muebles; la existencia del título y de la buena fe explica el por qué la ley estima suficiente un término más breve.

(1) Por ejemplo, el Código civil alemán (§ 937) limita a diez años la prescripción para los muebles; el español, art. 1.955 a tres o a seis, según que la posesión sea o no de buena fe.

Ahora, estos dos ulteriores requisitos—con cuyo concurso la posesión asume una de las formas más perfectas, y caracterizándose como posesión de buena fe, produce los más amplios efectos jurídicos que puedan surgir de la posesión misma—si bien se complementan recíprocamente, no siendo la *bona fides* otra cosa que la integración ética de la *iusta causa* (1), y son elementos de un concepto único (2), son distintos y deben valorarse y apreciarse en su esencia distintamente (3).

a) *Título o justa causa* es la relación con el transmitente que sería en sí apto a justificar la adquisición de la propiedad, si un vicio no la impidiese, la causa capaz en abstracto de transferir el dominio y que es la base y justificación de la adquisición de la posesión legítima. Es, en otros términos, el hecho externo que expresa cómo la posesión actual ha surgido de la precedente sin lesionarla (4). No hay que confundirlo con el elemento material y tangible, con el documento que comprueba la relación y que se suele llamar título en el lenguaje vulgar (5); es una nota o elemento externo al concepto del título el que en la prescripción decenal se requiera un título escrito por requerirse la transcripción del mismo (6).

Pero esto aún no basta para que el título sirva de fundamen-

(1) Ver Bonfante, *Essenza della bona fides e sus rapporto con la teoría dell'errore* (*Bull. ist. dir. rom.*, VI, pág. 85 y siguientes); *Note ulteriori sul giusto titolo e sulla buona fede* (*Rend. Ist. Lomb.*, XXXIX, 1906, pág. 781 y siguientes); ver ahora *Scritti giur.* II, págs. 708-749 y siguientes.

(2) Windscheid, *Pand.* I, 2. § 178, núm. 8.

(3) Venezian, *L'errore di diritto e il possesso si buona fede* (*Giur. it.* 1906, IV, pág. 367).

(4) Ferrini, *Pand.* § 316, pág. 412.

(5) En la terminología francesa se suele entender por tal el documento probatorio del negocio jurídico. Crome, *Par. gen.*, § 21, pág. 233, número 28.

(6) Varias pueden ser las figuras de la justa causa porque varios son los modos de adquirir. En las fuentes romanas se designan con la partícula *pro*: *pro derelicto*, *pro soluto*, *pro donato*, *pro dote*, *pro emptore*, *pro legato*, *pro suo*, *pro herede*. En los juriconsultos clásicos se halla la más profunda y aguda elaboración dogmática; ver Bonfante, *Le singole inotae causae usucapionis e il titolo putativo* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVII, 1894, página 126 y siguientes, *Scritti giur.*, II, pág. 552 y siguientes.)

to a la prescripción; precisa que no sea nulo por defecto de forma y que haya sido debidamente transcrito.

Se requiere la transcripción para que sea notorio a todos que una adquisición se realizó aunque viciada y que con el transcurso del tiempo pueda llegar a ser perfecta e inatacable. Por esto el decenio no comienza a correr sino el día de la transcripción; omitida ésta, no puede funcionar más que la transcripción de treinta años, que no necesita el título. Dado el amplio concepto de título, en el cual entra incluso la sucesión a causa de muerte, ya sea universal (institución de heredero), ya particular (legado), surgía la cuestión de si puede el acto testamentario servir de base a la prescripción decenal cuando se verificó la transcripción del mismo. La razón de la duda derivaba del hecho que para los actos de *mortis causa* no se requería la transcripción, y por esto se discutía si se podía proceder a ésta y si procediendo serviría la transcripción a los efectos del art. 2.137 (1). Luego de la reforma de la transcripción operada con el Decreto-ley de 6 de Enero de 1918 y 21 de Abril de 1918, la duda no es posible ya; la cuestión se resuelve afirmativamente.

No debe el título ser nulo por defecto de forma, ni absolutamente nulo por vicio esencial. Tal título, no siendo capaz de producir efecto alguno, no podría servir de fundamento a la usucapión. Debe, pues, ser la nulidad relativa, como, por ejemplo, los vicios de consentimiento que sanan con el transcurso del tiempo. Es inútil observar que si el título fuese válido intrínseca y extrínsecamente no sería necesario recurrir a la prescripción.

b) *Buena fe* es la conciencia del poseedor, su creencia de no lesionar el derecho del propietario, la convicción de que con su adquisición no vulnera el derecho ajeno (2). Esta conciencia

(1) Sobre este punto, en el que combaten tres opiniones diferentes, ver Pugliese, *Prescrizione Acquis*, números 266, 288; Coviello, *Trascrizione*, I, pág. 316 y siguientes; Mirabelli, *Prescrizione*, números 238, 244; Fittomusi, *Dir. reali*, pág. 237 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 1, página 394, nota n).

(2) Ver Bonfante, *Essenza della bona fides* (*Bull. Ist. dir. rom.*, VI, página 85 y siguientes); Ruffini, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino, 1892, y el magnífico trabajo de Galgano, *Sull' essenza della buona e*

se manifiesta precisamente en la ignorancia de los vicios del título, y ello revela el nexo íntimo en que están los dos elementos: el título y la buena fe (1). Esta debe apoyarse en un título, porque sin un título no es posible la posesión de buena fe, pero al mismo tiempo deben ser ignorados los vicios del título, porque quien los conociere no podría legítimamente creer que su adquisición no lesiona el derecho ajeno. Esto es precisamente lo que se deduce del art. 701, en que se contiene la definición legal de la posesión de buena fe. «Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en virtud de un título hábil para transferir el dominio, cuyos vicios ignora». La doctrina seguida por algunos autores que hacen consistir la buena fe en la creencia de haber adquirido del verdadero propietario, reduciendo el ámbito de la prescripción al que tendría en la adquisición de frutos, debe a nuestro juicio rechazarse (2).

mala fe, Roma, 1915, en el que se hace un sutil análisis de los conceptos y de las teorías corrientes; ver también del mismo, *I limiti subativi dell' antica usucapio*, Napoli, 1913 y su refutación por Bonfante, en *Studi per Simoncelli*, pág. 247 y siguientes (*Scritti giur.*, II, pág. 683 y siguientes).

(1) Interesante es el proceso, en virtud del cual la *iusta causa usucapionis* viene poco a poco substituída por la *iusta causa erroris* que es el fundamento de la *bona fides*; ver sobre esta evolución Bonfante, *La iusta causa dell' usucapione e il suo rapporto con la bona fides* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XV, 1893, páginas 161, 321 y siguientes; ahora *Scritti giur.*, II, pág. 409 y siguientes). En el derecho bizantino, el requisito de la *justa causa* ha desaparecido y viene confundido con la *bona fides*; ver Rotondi en *Atti R. Acc., di Torino*, L, 1914-15, pág. 873 y siguientes.

(2) El argumento que se suele aducir en apoyo de la opinión acogida por nosotros, es que la figura de la posesión de buena fe, constituye para nuestra ley un tipo único y fijo, ya en relación a la usucapión, ya en orden a la adquisición de frutos (art. 703) y al *ius retentionis* por los gastos (art. 706). Es cierto que hay en nuestra ley una marcada tendencia a dar un concepto único de la posesión de buena fe; esto puede afirmarse para el elemento de la buena fe pero no podría decirse lo mismo del título. La valuación que debe hacerse del título en la posesión de buena fe es algo diversa de la que debe hacerse en la adquisición de frutos y en el derecho de retención. Se acentúa en aquella la importancia del justo título que aparece en ella como elemento preponderante; se acentúa en la adquisición de frutos y en la *retentio* la importancia de la *bona fides* subjetiva que es la condición principal y el justo título es necesario sólo

Principios fundamentales de nuestro Derecho en tal materia son, pues: que la buena fe se presume siempre, y que sólo se requiere en el momento de la adquisición (art. 702). Lleva como consecuencia el primero, el que hallándose el poseedor dispensado de la prueba de su buena fe, debe, quien la niega, probar la mala fe del adversario. El segundo se opone al principio seguido y aplicado siempre en Derecho canónico por el cual se exigía que la buena fe perdurase en todo momento de la posesión (*mala fides supervenire nocet*) (1); de modo que el conocimiento que se tenga, luego de la adquisición, de los vicios del propio título, no determinarían la cesación del curso de la prescripción (2).

en relación a la buena fe. Esto conduce a la consecuencia que a fin de que la posesión sea protegida contra los efectos de la mala fe, respecto a los frutos y a los gastos (restitución de los frutos anteriores a la contestación de la litis, obligación de restituir inmediatamente sin el beneficio de la *retentio*) basta un título cualquiera aunque sea nulo por defecto de forma o de substancia y aun tratándose de nulidad absoluta; ver Marcadé, *Expl.*, art. 550, núm. 1; Duranton, *Cours.*, IX, núm. 352; Demolombe, *Cours.*, IX, núm. 608; Aubry et Rau, *Cours.*, II, pág. 206; Bianchi, *Corso*, I, número 82; Pacifici, *Ist.*, III, 1, páginas 17 y 38; Tartufari, *Del possesso qual titolo di diritti*, I, núm. 281, pág. 316; Bonfante, *Rend. Ist. Lomb.*, 1906, página 788; *La buona fede coll'acquisto dei frutti e per l'esercizio del ius retentionis* (*Foro it.*, 1864, pág. 250) y ahora *Scritti giur.*, II, páginas 748, 759 y siguientes.

(1) Fué el Derecho canónico en efecto el que dió a la buena fe el máximo desarrollo; considerando la mala fe como pecado, no podía ser reconocida en ningún caso y así la buena fe se exigió en la prescripción de treinta años y en todo momento de la posesión. El principio que dominó siempre en Derecho canónico, fué introducido por el concilio lateranense de 1215, *Synodali indicio deginimus ut nulla valeat alsque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis; cum sit generaliter omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae alsque mortali non potest observari peccato; unde oportet ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat consuntiam alienae*; ver Decretales de Gregorio IX, 2, 26 de praescr. 20.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — Sobre prescripción como modo de adquirir, ver artículos 609 y 1.930 del Código civil español.

La prescripción es institución de orden público y en su consecuencia es irrenunciable el derecho de prescribir para lo sucesivo si bien se pueda renunciar a la prescripción ya ganada o realizada (art. 1.935). Esta renuncia de la prescripción consumada viene limitada por el perjuicio de tercero y, por consiguiente, los acreedores y cualquiera persona interesada en hacer valer la prescripción podrán utilizarla (art. 1.937).

§ 57.—*Tutela de la propiedad*

Brugi, Ist. §§ 46-47; Pacifici, Ist. III, 1, págs. 170, 402; Filomusi, Dir. réali, §§ 44-45; Chironi, Ist. I, §§ 143-146; Zachariae, Man. I, §§ 173, 200-202; Aubry et Rau Cours. II, §§ 219-220 bis; Planiol, Traité I, núm. 2.445 y siguientes; Windscheid, Pand. I, §§ 191-199.

Cuando el señorío que el propietario tiene en la cosa sea discutido por otro, alegando un derecho real en la misma cosa, tie-

En lo referente a prescripción del dominio de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, véase art. 1.949.

Sobre prescripción ordinaria y extraordinaria, los artículos 1.940 y 1.959.

Sobre personas capaces para prescribir, art. 1.931 del Código civil.

Sobre cosas objeto de la prescripción, art. 1.936. Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o la falta, su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta (art. 1.956).

Los requisitos de la prescripción ordinaria son: buena fe, justo título tiempo.

El poseedor de buena fe lo es al amparo de un título hábil para transferir el dominio y del cual ignora los vicios que le afectan (art. 433 del Código civil español, que concuerda con el 701 del italiano). V. también artículos 1.940 y 1.950.

Justo título es el que legalmente basta para transferir el dominio o derecho real, de cuya prescripción se trata (art. 1.952). El título, para que sea justo, es necesario que sea *verdadero y válido* (art. 1.953). El justo título debe probarse, no se presume nunca (art. 1.954; pero el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee por justo título y no se le puede obligar a exhibirlo (art. 448).

El tiempo necesario para prescribir el dominio de bienes muebles en el Código civil español, es el de tres años de posesión no interrumpida con buena fe (art. 1.956 del Código civil español). Las cosas hurtadas y robadas pueden ser objeto de prescripción cuando haya prescrito el delito o la falta, o su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta según acabamos de indicar al hablar del objeto de la prescripción (art. 1.956 del Código civil español).

El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título (art. 1.957).

Sobre el concepto de ausencia a los efectos de la prescripción, véase el art. 1.598.

El tiempo para la prescripción extraordinaria, tratándose de bienes muebles, es el de seis años de posesión no interrumpida, sin condición ninguna, o sea sin buena fe ni justo título (art. 1.955).

El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se pres-

ne lugar la protección o tutela jurídica de la propiedad. El tercero puede alegar sobre aquélla un derecho que desconozca por entero el señorío de otro, afirmando ser propietario o puede pretender solamente un derecho parcial; diversos serán los medios de defensa. Para el primer caso, sirve la *acción reivindicatoria*, que tiende al reconocimiento del derecho de propiedad y a la restitución de la cosa por quien ilegítimamente la retiene; en el segundo se utiliza la *negatoria*, que mira al desconocimiento de los pretendidos derechos en la cosa ajena y se propone el declarar ésta libre de restricciones. Al lado de esta tutela que reprime violaciones más o menos graves y rechaza ataques concretos y actuales, figura una diversa forma de protección que puede llamarse preventiva y que tiene lugar cuando se amenaza con un daño en la cosa propia con cosa u obra de un tercero, invocándose el que se adopten por el Magistrado medidas de carácter interino y conservativo para que se aleje el peligro y evite el daño. Tales son las acciones de denuncia y pertenecen a esta clase la *acción de denuncia de obra nueva* y la de *daño temido*. Su función no se limita a proteger solamente el derecho de propiedad; remedios de carácter provisional que no obligan a una indagación sobre el derecho de propiedad y no conducen a providencias definitivas, sino que se proponen remover la amenaza de un daño e impedir el que se perturbe un estado de hecho; sirven al propietario como al poseedor y representan a un tiempo la común defensa de la propiedad y de la posesión (1). Inde-

criben por su posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de justo título ni de buena fé y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la expresión determinada en el art. 539. (Se refiere éste a las servidumbres continuas no aparentes y a las discontinuas, sean o no aparentes, que sólo pueden adquirirse por virtud de título a diferencia de las continuas y aparentes que se adquieren también por la prescripción de veinte años.)

Sobre cómputo del tiempo, ver art. 1.960 del Código civil.

(1) Esto ha dado lugar a una viva controversia sobre el verdadero carácter de estas acciones que en otro tiempo se consideraron de naturaleza posesoria y equiparadas a las acciones de conservación y de despojo. Parecería corroborar la opinión de quienes las quieren incluidas entre las posesorias, el hecho de que el Código civil, imitando en esto al austriaco (§§ 340-343) las haya colocado en el título de la posesión (ar-

pendientemente de un ataque o de la amenaza de un peligro, y más propiamente como exteriorización del derecho de propiedad, corresponden al propietario del fondo dos acciones especiales para la fijación de los límites cuando éstos sean inciertos (acción de deslinde), otra, cuando siendo ciertos los límites se quieran fijar signos externos que los den a conocer (acción de amojonamiento); la primera puede eventualmente contener una reivindicación cuando quien la ejercita reclama la entrega de una parte del propio fundo poseída por el vecino.

1) *Reivindicación*.—Es esta la más importante de las acciones reales y la fundamental y más eficaz defensa de la propiedad. Puede considerarse como el exponente de ésta, ya que salvo los casos excepcionales en que la reivindicación no puede realizarse (como, por ejemplo, el de *tignum iunctum*, en que su ejercicio se halla suspendido), por regla general no hay propiedad sin acción reivindicatoria. Su fin es conseguir el reconocimiento del derecho del propietario y obtener la restitución de la cosa; por ello se intenta por el propietario que no posee contra cualquier poseedor o mero detentador; «el propietario de la cosa—declara el art. 439—tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas en la ley». Dos son, pues, las condiciones a que se subordina su ejercicio: que el actor sea propietario y el demandado sea poseedor o detentador. Pero como no para todas las cosas es procedente la reivindicación, una tercera condición se fija relativa al objeto: ésta debe ser susceptible de reivindicación. Del examen de ésta y de las dos anteriores que constituyen la legitimación activa y

títulos 698 y 699). Ciertamente no son posesorias puesto que no tienen por objeto el conservar o recuperar la posesión. El propio art. 82 del Código de Procedimiento civil que declara que son de la competencia del Pretor, las distingue de las acciones posesorias enumerándolas después de éstas separadamente. Tampoco son petitorias porque no envuelven una cuestión de propiedad. Otros las llaman cuasi posesorias, pero el término es impropio porque hace pensar en acciones relativas a la cuasi posesión. Lo cierto es que se trata de acciones especiales y provisionales que pueden fundarse tanto en el derecho de propiedad como en la posesión y que sistemáticamente se incluyen en la teoría de la propiedad con la advertencia de que pueden ser ejercitadas también por el poseedor.

pasiva de la *rei vindicatio*, así como del de los efectos que produce, resultará la noción completa de la reivindicación en nuestro derecho (1).

a) *Objeto*.—Respecto a las cosas conviene recordar que mientras en el derecho francés la reivindicación no se aplica por regla general más que a los inmuebles, dado el amplio alcance del art. 2.279, en el nuestro pueden los bienes muebles ser objeto también de ella en virtud del principio más restringido, acogido en el art. 707 (2). Excluidas resultan solamente las cosas muebles particulares poseídas por un tercero de buena fe, es decir, por quien las haya adquirido en virtud de un título apto a transferir el dominio, ignorando los vicios del título. Las demás todas pueden reivindicarse, y son:

α) *Las universalidades de muebles*, que precisamente el artículo 707 excluye de la norma: «en materia de muebles la posesión vale título», que éstas son únicamente las *universitas facti* como la grey, la pinacoteca, ya lo dijimos en su lugar oportuno. Basta aquí añadir que el actor no debe en orden a ellas demostrar la propiedad de cada uno de los objetos que las componen;

(1) Butera, *La rivendicazione nel dir. civ. comm. e proe.*, Milano, 1911.

(2) A más de los escritos citados más atrás, ver Maierini, *Studio sulla rivendicazione dei titoli al portatore* (*Arch. giur.*, X, 1872, pág. 131 y siguientes); *I titoli al portatore distrutti o smarriti* (ib. XV, 1875, pág. 331 y siguientes); Segré, *La ripetizione delle cose mobili secondo gli articoli 707, 709, c. 2.146 c. c.* (*Studi per Lilla*, pág. 327 y siguientes); *La rivendicazione dei titoli al portatore rubati o smarriti* (*Riv. dir. comm.*, 1, 2, 1903, página 245 y siguientes); *Sull art. 2.146 c. c.* (ib., pág. 470 y siguientes); *Sull'interpretaz. degli art. 57 Cód. comm. e 707, 708 c. c.* (ib. IV, 2, 1906, página 540 y siguientes); *Di nuovo sulla rivendicaz. dei titoli al portatore* (ib. V, 2, 1907, pág. 340 y siguientes; VII, 2, 1909, pág. 166 y siguientes); *Rivend. di titoli al portatore* (ib. 1916, XIV, pág. 169), Chironi, *La rivendicazione dei titoli al portatore* (*Riv. dir. comm.*, 1908, VI, 1, pág. 1 y siguientes); Barassi, *La rivendic. dei titoli al portatore* (*Riv. dir. civ.*, 1, 1909, página 737 y siguientes). Para la reivindicación de los títulos al portador perdidos durante la ocupación de las provincias venetas, ver el Decreto ley de 1.º de Febrero de 1918, núm. 102 y el Real decreto de 21 de Febrero de 1920, núm. 215. Para la reivindicación de las cosas muebles existentes en la Venecia Julia, antes propiedad de italianos, ver el Real decreto de 23 de Febrero de 1920, núm. 44.

basta la prueba de la propiedad de la *universitas*, considerada como un todo, y la reivindicación debe considerarse como única, no como suma de una serie de reivindicaciones parciales relativas a cada una de las cabezas del ganado o de los cuadros de la colección; de esto se deduce que, como no perjudica el hallarse comprendidos en el todo objetos particulares de propiedad ajena, así tampoco no obsta al ejercicio de sucesivas reivindicaciones parciales el haber reivindicado el todo.

β) *Las cosas poseídas con mala fe*, por quien no ignorando el vicio de su título no podría afirmar hallarse en la creencia de que no lesionaba derechos ajenos.

γ) *Las cosas robadas o extraviadas*, aun poseídas por un tercero de buena fe. Es esta la excepción más notable que la ley hace al principio contenido en el art. 707. El vicio de la condición furtiva (y a éste se equipara el de la pérdida o extravío) es, en efecto, tan grave que no consiente consideración alguna en orden a la buena fe de un tercero; es como una nota indeleble que sigue a la cosa dondequiera que se halle, exponiéndola a la acción del propietario. El cual puede reivindicarla de todo poseedor o detentador sin hallarse obligado a entregarles el precio que hayan podido desembolsar; el demandado no tiene más que una acción para obtener la indemnización contra aquel de quien recibió la cosa, contra el ladrón, contra quien la halló o contra aquel a quien éstos la hubieran enajenado (art. 708) (I).

(1) No precisa para que se admita la reivindicación que se de el hurto criminalmente punible como delito; cuando la sustracción de la cosa no haya sido castigada con sanción penal (ejemplo, a causa de la infancia del ladrón o por efecto de una amnistía) la cosa no pierde por esto su carácter de furtiva. Muy discutida es la cuestión de si fuera del hurto propio o sea de la sustracción fraudulenta de la cosa mediante *contractatio* es admisible la reivindicación por otra figura delictuosa de apropiación indebida de la cosa ajena, como se da en la estafa o en la apropiación de la cosa confiada en custodia al depositario. La opinión dominante es que la norma del art. 708 se debe interpretar en sentido restrictivo y, por tanto, limitadamente al hurto propio en cuanto que ya sea por él, ya por el extravío, el propietario pierde la posesión de la cosa contra su voluntad mientras en los casos de apropiación indebida o de abuso de confianza, el propietario voluntariamente es desposeído de la cosa o corre el

Esta misma excepción resulta templada y derogada en forma que restablece en parte el principio del art. 707.

Resulta templada la norma del art. 708 en la parte que dispensa al propietario reivindicante de la obligación de reembolsar al tercero de buena fe por el art. 709; el cual para proteger la confianza que deben inspirar los mercados y los comerciantes, dispone que si el actual poseedor de la cosa sustraída o extraviada, la haya adquirido en una feria, en un mercado o en una venta pública o de un comerciante que venda objetos semejantes, no puede el propietario obtener la restitución de la cosa, sino reembolsando al poseedor el precio que le costó. Esta obligada protección del tercero a quien el carácter público del lugar o la circunstancia de la adquisición, daban motivo racional de seguridad era justamente reclamada por los Montes de Piedad, expuestos a sufrir daños con las reivindicaciones de cosas robadas o extraviadas recibidas en prenda en el ejercicio de la caridad pública; por ello muy oportunamente el art. 11 de la ley de 4 de Mayo de 1898 ha extendido a estas cosas la norma del art. 709.

2) Deroga el principio de la libre reivindicabilidad de las cosas robadas o extraviadas el art. 57 del Código de Comercio, el cual resolviendo una antigua cuestión que se agitó durante la vigencia del Código anterior estableció que la reivindicación de títulos al portador, perdidos o robados, es admitida solamente contra quienes los hayan hallado o robado y contra quienes los hayan recibido por cualquier título, conociendo el vicio de la posesión. Resulta así restablecida para los títulos al portador, que más que ninguna otra cosa necesitan hallarse libres de obstáculos en los rápidos cambios mercantiles, la norma del artículo 707, exigiéndose para la reivindicación el conocimiento por parte del tercero de la «furtividad» o del extravío.

riesgo de la confianza ajena. Pero a esta se contrapone otra que extiende a estos casos la norma y que ha sido reconocida en algunas sentencias: Segré, *Sulla rivendicazione delle cose mobili* (*Riv. dir. comm.*, V, 2, 1907, página 440 y siguientes); *Sull'eccezione alle irrivendic. ab. delle cose mobili relat. alle cose rubate o smarrite* (*Foro it.*, 1909, pág. 472 y siguientes), y, por último, *Sui casi contemplati dall'art. 708 c. c.* (*Riv. dir. comm.*, XVII, 2, 1919, pág. 29 y siguientes).

3.) Recibe finalmente una restricción la reivindicabilidad de estas cosas en cuanto al tiempo dentro del cual puede ejercitarse la acción contra el tercero, por lo dispuesto en el art. 2.146, ya que mientras contra el ladrón o el que halló la cosa (que no cumplió la obligación de denuncia y depósito a la autoridad municipal) la acción no se extingue, sino transcurridos los treinta años (correspondiendo a la prescripción adquisitiva de treinta años); contra el tercero, la reivindicación prescribe en el término de dos años, a contar desde el día del hurto o del extravío.

δ) *Las cosas poseídas por quien no es tercero.*—El principio del art. 707 protege solamente al tercer poseedor de buena fe, y tercero, es aquel que resulta extraño a la relación jurídica creada entre otros, que lo es respecto al reivindicante. El depositario, el comodatario, el arrendatario no pueden nunca ser terceros respecto al depositante comodante, o arrendador que reivindique y no podrían por la obligación de restituir que les impone el contrato invocar contra la reivindicación (cuando se procede con esta acción y no con la contractual) el principio del artículo 707.

b) *Legitimación activa.*—Actor sólo puede ser el propietario, porque la orden de restituir la cosa presupone reconocido en el reivindicante el derecho de propiedad. Debe, por tanto, éste ofrecer la prueba de su dominio: y subviene a la imposibilidad de una prueba plena y definitiva en las adquisiciones derivativas (*probatio diabólica*), la institución de la prescripción adquisitiva en virtud de la cual, habiéndose probado que el reivindicante y sus autores han poseído por un tiempo suficiente a usucapir, es inútil cualquiera ulterior demostración del derecho en los autores más antiguos. Pero esta condición sufre una derogación por efecto del principio referente a las cosas muebles: basta, en efecto, para ellas (cuando la reivindicación sea admisible) que se demuestre por el actor reivindicante que él era antes de que la posesión se adquiriese por el demandado un poseedor de buena fe para que la reivindicación resulte bien intentada; la prueba de la propiedad queda absorbida en la prueba de la posesión de buena fe.

Con esta cuestión se enlaza una agitada controversia entre

autores italianos y franceses sobre si a más de la reivindicatoria se admite en el Derecho moderno a semejanza del romano la acción *publiciana*. Era ésta una *utilis rei vindicatio* concedida al poseedor con justo título y buena fe que se hallaba en vía de usucapir y que antes de transcurrir el período legal para la usucapición hubiese perdido la posesión; y era un *actio ficticia* por basarse en la ficción de que el tiempo de la usucapición hubiese transcurrido totalmente, y se le concedía una defensa real contra quien poseyera con título menos válido o sin título (1). Partiendo ahora de la existencia de que el poseedor con justo título y buena fe, no sea dejado sin una defensa petitoria contra poseedores que tengan un título inferior, algunos escritores afirman que la existencia de la *publiciana* no puede ser desconocida en el Derecho moderno (2), y a quien opone que las *actiones ficticiae* no son ya admitidas en nuestro Derecho se objeta que no se trata aquí de una antigua *fictio praetoria*, sino de una tutela basada en el mejor título que frente al demandado poseedor legítimo tenga el actor, antes poseedor con justo título y buena fe. En nuestra opinión, la tentativa de resucitar la *publiciana* no puede decirse que haya tenido éxito; se opone por un lado el silencio del Código y por otro la disposición del art. 439, que concede sólo al propietario la *reivindicatio* y si no se exige la prueba de una propiedad en orden a las cosas muebles, esto deriva de que la posesión se considera sin más como propiedad. Cuando la propiedad no resulte probada, la reivindicación no puede proceder ni útilmente siquiera pueden bastar en nuestro Derecho las defensas posesorias sin concurrir los requisitos necesarios (3).

(1) Ver tít. VI, D. 2; Gayo IV, 37.

(2) Así por ejemplo, Filomusi, *Dir. reali*, § 45, pág. 146 y siguientes; Ferrini, *Anuario crit.*, II, pág. 154 y siguientes; Gabba, *Foro it.*, 1888, página 1.883 y siguientes; Carusi, *L'azione publiciana*, Roma, 1889, pág. 105; Appleton, *Historie de la propriete pretorienne et de l'action publicienne*, París, 1889.

(3) Brezzo, *Reivindicatio utilis*, pág. 217 y siguientes; Chironi, *Ist. I.* página 117; Gianturco, *Ist.*, pág. 117; Brugi, *Ist.*, pág. 352; Bonfante, App. al Baudry-Lacantinerie, *Dei beni* (en *Tratt. dir. civ.*) pág. 953 y siguientes, *L'azione publiciane nel dir. civ.* (*Scritti giur.*, IV, pág. 439 y siguientes); Ascoli, *Inammissibilita della publ. in rem actio nel dir. it.* (*Foro*

c) *Legitimación pasiva*.—Debe el demandado en reivindicación ser poseedor o detentador de la cosa, es decir, tener la *facultas restituendi* y pesa sobre el demandante la carga de la prueba. Cuando el demandado no sea tal o el actor no pruebe que lo sea, la reivindicación no sería aplicable, porque la orden de restitución no podría ser prácticamente ejecutada por el condenado.

A esta norma se reconoce en nuestro Derecho una excepción que deriva del romano. Conocía éste (I) dos casos excepcionales de ejercicio de la *reivindicatio* contra quien no posee (*ficti possessores*): el de quien hubiese dolosamente cesado en la posesión para frustrar la demanda del actor (*qui dolo desiit possidere*) y el de quien simulando la posesión se hubiese presentado como demandado para engañar al actor (*qui liti se optulit*). De estas dos hipótesis una, sola, la primera, se halla expresamente prevista por el Código en el art. 439, el cual dispone que si el poseedor o detentador, luego que le fuere notificada la demanda judicial hubiera cesado por hecho propio de poseer la cosa, se halla obligado a recuperarla a sus expensas, y no siendo esto posible, a abonar su valor sin que ello sea obstáculo a que el actor entable de nuevo su acción contra el poseedor o detentador. La condición para ejercitar contra él la reivindicatoria es doble: que haya cesado por hecho propio (dolo o culpa) en la posesión y que la cesación haya ocurrido luego de la demanda judicial. El derecho que en tal caso corresponde al actor es una facultad de elección entre la acción contra quien cesó en la posesión y la acción contra el poseedor actual; la elección y el éxito de una excluye el ejercicio de la otra de modo que, así como luego de obtener el valor del primero no podría proceder en reivindicación contra el poseedor actual, así también obtenida de éste la restitución de la cosa no podría actuar por el resarcimiento contra el otro; lo prohíbe el principio del enriquecimiento injusto. No se halla previsto el otro caso de quien *qui liti si optulit*; pero se

it., 1911, pág. 1.117 y siguientes); Talassano, *Sulla prova delle proprietà* (*Riv. dir. civ.*, 1920, pág. 152 y siguientes).

aplicará el principio de la responsabilidad por hecho ilícito y el actor que pierda podrá accionar contra él para obtener el resarcimiento de daños en base al art. 1.151.

La acción de reivindicación debe intentarse contra quien posee o detenta la cosa; pero el detentador *nomine alieno* puede eludir el juicio indicando la persona en cuyo nombre detenta (*laudatio actoris*) (1) y la reivindicación se dirigirá contra este último, que será demandado en el juicio como verdadero poseedor.

En algunos casos debe hacer la *laudatio*, siendo responsable si la omite para con la persona en nombre de quien detentaba la cosa cuyos títulos o justificantes, por no haberse procedido a la *laudatio*, no pudieron ser sometidos al Juez en el proceso (artículo 1.582)

d) *Efectos*.—Cuando el demandado haya sido condenado en el juicio de reivindicación, el efecto de la condenación es la restitución de la cosa con sus accesorios todos (*cum omni causa*) a aquel que probó su derecho. Deben, pues, con la cosa restituirse los frutos, pero la cuestión se regula diversamente, según sea el poseedor de buena o mala fe. Este se halla obligado a restituir todos los frutos sin distinción alguna de si son *extantes* o *consumpti*, los haya adquirido antes o después de la demanda, y no sólo los *percepti* sino los *percipiendi*. Está obligado el primero a restituir sólo los que haya adquirido después de la demanda (artículo 703), puesto que uno de los efectos de la posesión de buena fe es precisamente el de la adquisición de los frutos y sólo con la contienda la posesión es de mala fe.

En cuanto a las excepciones que contra la acción reivindicatoria puede oponer el demandado, pueden o excluir por completo el derecho del reivindicante o paralizar su ejercicio en virtud del derecho de goce que, compatible con la existencia en el actor del dominio, confieren al demandado el derecho de retener la cosa.

El demandado, a más de ésto, tiene derecho a conseguir el reembolso de los gastos hechos en la cosa o en los frutos. Sin

(1) Ver l. 2. c. 3. 19.

embargo, no todos los gastos son reembolsables ni corresponde su repetición en igual forma al poseedor de buena fe que al de mala fe.

Uno y otro tienen derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles (art. 1.150), pero para estos últimos sólo cuando la mejora exista al tiempo de la evicción (art. 704) y sólo en la medida de la menor suma de las dos que importan lo gastado y la efectiva mejora (art. 705). No procede el reembolso por los gastos de mero ornato o recreo, pero corresponde al poseedor la facultad de suprimir los adornos y embellecimientos (*ius tollendi*) si con la separación no se origina daño. Lo mismo con respecto al poseedor de buena fe como con relación al de mala fe (artículos 704 y 705) (1).

Hay diferencia en cuanto al modo de ejercitar el derecho a la repetición por los gastos útiles y los necesarios. Al poseedor de buena fe y sólo a él corresponde la retención de los bienes (*ius retentionis*) por causas de mejoras en ellos realmente hechas y subsistentes si han sido hechas valer en el curso del juicio de reivindicación y se probó de alguna manera la subsistencia de las mismas (art. 706) (2).

II. *Acción negatoria*.—Contra las violaciones menores de su derecho se defiende el propietario con la *actio negatoria*, la cual fué conferida en Derecho romano para rechazar las pretensiones de servidumbres existentes en fundo ajeno y llamada así porque

(1) Sobre el reembolso de los gastos hechos en cosa ajena y sobre el *ius tollendi*, Riccobono, *Dal dir. rom. classico al dir. moderno*, págs. 319, 357, 445 y siguientes; Ricca-Barberis, *Il diritto di togliere del possessore* (*Studi per Brugi*, pág. 671 y siguientes); *Le spese sulle cose immobili*, Torino, 1914, núm. 167; Brugi, *Proprietá*, II, 617.

(2) Algún autor sostiene que el *ius retentionis* atribuído expresamente por el art. 706 al poseedor de buena fe por los gastos útiles e implícitamente por los necesarios, deba también corresponder al poseedor de mala fe por estas últimas, siendo análoga la razón que les asiste. Así, por ejemplo, Filomusi, *Dir. reali*, pág. 144, núm. 2. Nosotros creemos que se trata de un beneficio singular concedido en consideración a la buena fe por los gastos necesarios y útiles y que por esto no puede extenderse al poseedor de mala fe. Ver sobre el particular los tratados y monografías recordados por Filomusi.

mediante ella el *dominus* niega el derecho del adversario (1); comprende hoy toda pretensión de derecho real que se alegue en cosa ajena y tiende a rechazar cualquiera especie de lesión o perturbación que atente al libre y exclusivo goce de la cosa por el propietario.

Condiciones de su ejercicio son: que el propietario pruebe su derecho de propiedad y también el haber sido atacado por el demandado, ataque que debe consistir en la pretensión de un derecho real, precisamente porque la defensa tiene un carácter real y no sería ejercitable contra actos perturbatorios que no impliquen tal pretensión. Se deduce, por consiguiente, del principio de que la propiedad es un derecho por naturaleza absoluto y exclusivo y en su consecuencia, cuando el propietario haya probado su dominio, corresponde al demandado probar el derecho sobre la cosa que alega; imponiendo al primero la prueba de la inexistencia del derecho pretendido, se incurriría en el absurdo de la necesidad de una prueba negativa, en tanto la obligación del demandado de probar su pretensión corresponde a los principios generales imperantes en materia de prueba. Objeto de la acción es el hacer declarar la insubsistencia de la pretensión ajena y, consiguientemente, el hacer cesar la perturbación que el ejercicio ilegítimo de la presunta facultad produce al propietario; tiende, por tanto, análogamente a la *rei vindicatio*, a una declaración de libertad de la cosa (*quasi vindicatio libertatis*) y a una reintegración en el goce libre y absoluto de la misma; va acompañada también de una orden de no turbar en lo sucesivo la propiedad ajena (en Derecho romano se añadía una *cautio de amplius non turbando*) y puede seguir también la condena al resarcimiento de los daños.

III. *Acciones relativas a los confines*.—De las acciones que se refieren a los confines, el art. 441 contiene la de fijación de señales o mojones que faculta al propietario a poder constreñir al vecino a establecer a expensas comunes las señales de los lindes

(1) Ver § 2, Inst. 4. 6. y los títulos del Digesto *si usufructus petetur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6; *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* 8, 5.

de sus propiedades contiguas. Tiene carácter personal y presupone que los límites sean ciertos y determinados de modo que no llevan implícita controversia alguna sobre el derecho de propiedad. Consecuencia, o mejor, desenvolvimiento del señorío que corresponde al propietario en la cosa, es esta una facultad que puede ejercitarse en cualquier momento y que por esto no se extingue por prescripción. No corresponde al propietario solamente, sino a aquellos que tengan un derecho real en el inmueble, como el usufructuario o el enfiteuta.

La otra es la acción de deslinde (*actio finium regundorum*) (1), la cual presupone que el límite es incierto e indeterminado y tiende con delimitar los fundos contiguos a resolver una cuestión de propiedad por darse una zona intermedia cuya propiedad se discute en su titularidad. Es, pues, una acción de carácter real, resolviéndose en una especie de *rei vindicatio*; es una recíproca reivindicación en la cual cada uno de los propietarios pretende una parte de la zona intermedia y discutida.

Por eso se debe rechazar, a nuestro juicio, la opinión de aquellos que la designan como personal, o bien, distinguiendo, la consideran como personal si el actor se limita a pedir la determinación de un confín incierto, y como real si reclama una determinada parte del fundo poseído por el vecino pidiendo la rectificación del confín.

Efectivamente, bajo una acción para la regulación del confín puede ocultarse una verdadera reivindicación, pero cuando la controversia se entable sobre la línea que debe asignarse al confín, es siempre la acción que nos ocupa; su carácter particular lo determina el que al actor no incumbe, como en la *rei vindicatio*, la carga de la prueba de la propiedad en la zona objeto de la controversia, sino solamente de la incertidumbre del confín (2).

También esta acción, recordada en el art. 79 del Código de Procedimiento civil, corresponde tanto al propietario como al

(1) Ver Dig. 10. 1, *finium regundorum* y Cód. 3. 39.

(2) El punto es discutido y decidido diversamente: Gabba en *Foro it.*, 1886, pág. 292; Bianchi, *Ferd. ib.*, 1894, pág. 721; Pacifici, *Ist.* III, 1, página 419; Bianchi, *Corso*, IX, 1, pág. 907; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 139, número 1.

usufructuario, al enfiteuta, al poseedor legítimo. Es, por sí, imprescriptible, pero la imprescriptibilidad halla en la práctica frecuentemente una limitación en la posesión exclusiva que haya tenido uno de los dos confinantes de la zona ahora controvertida, porque cuando la posesión haya durado el tiempo establecido por la ley, interviene la prescripción normal a impedir el ejercicio de aquélla, que en este caso sería una verdadera y propia reivindicación.

IV. *Acciones de denuncia*.—La acción de denuncia de obra nueva cuyo nombre y disciplina se enlazan con la *nunciatio novi operis* (I), es un remedio provisional dado tanto al propietario como al poseedor para impedir que una obra iniciada por el vecino y que amenace con un daño se prosiga simplemente o se prosiga sin la prestación que sirva a resarcir al actor del daño eventual. Dispone el art. 698 del Código civil: «Quien tiene razones para temer que de una obra nueva emprendida por otro pueda derivar daño al fundo propio o al ajeno, a un derecho real o a otro objeto poseído por él, puede denunciar al Juez la obra nueva con tal que no haya sido terminada o no haya transcurrido un año desde que fué comenzada». La condición a que se halla subordinado su ejercicio es triple; precisa, en efecto: a) que el denunciante se halle en posesión de un inmueble, de un derecho real o de otro objeto, y por otro objeto se entiende cualquiera cosa, incluso una cosa mueble, con tal que se halle adherida al suelo; b) que se trate de una obra nueva, es decir, de cualquiera obra de edificación, de demolición, de excavación que cambie el estado actual de las cosas introduciendo una innovación; pero la obra no debe hallarse acabada ni su comienzo remontarse más allá de un año, de modo que si ha transcurrido desde su iniciación menos de un año, pero esté ya acabada, o si no se ha terminado, pero resulte que se emprendió más de un año ha, el remedio provisional no sería ejercitable cesando en uno y otro caso la razón de la urgencia por la que se justifica esta acción de ejercicio rápido; c) que se tema racionalmente un daño al inmueble, al objeto o al derecho del denunciante como consecuencia de la obra emprendida, entendiéndose por

(I) Dig. 39. 1. *de operis novi murciatione*.

daño todo perjuicio causado ilegítimamente a la cosa ajena.

Efectos de la denuncia son: la orden de suspensión de la obra si el Pretor (a cuya especial competencia se encomienda el juicio y la recepción de la acción de daños temido por el artículo 83, núm. 3.º del Código de Procedimiento civil) considera del examen sumario de la cuestión comprometido efectivamente el derecho del denunciante; o el permiso de continuar la obra mediante la prestación de una caución por quien la ha emprendido a favor del denunciante, ya para resarcir el daño futuro, o ya en garantía de la demolición y restablecimiento del primitivo estado de cosas, cuando en el sucesivo juicio ordinario resulte reconocida la no existencia del derecho a realizar tal obra.

Puede también ordenarse una caución en el caso de orden de suspensión a cargo del denunciante y a favor del denunciado para resarcir a éste de los daños producidos por la suspensión cuando del juicio ordinario resulte infundado el derecho de oposición a la obra nueva. «El Juez, prosigue el art. 698, conocido sumariamente el hecho puede prohibir la continuación de la obra nueva o permitir la ordenando la prestación de las oportunas cauciones; en el primer caso, para el resarcimiento del daño producido por la suspensión de la obra cuando el oponerse a su prosecución resulte infundado con la decisión definitiva en el juicio ordinario; y en el segundo caso, para la demolición de la obra y resarcimiento de los daños que pudiera ocasionar al denunciante si éste obtiene sentencia definitiva favorable, no obstante la autorizada prosecución de la obra». No puede, pues, ordenar el Pretor en este caso la demolición; sin embargo, podría ordenarla con relación a las obras que se hiciesen luego del mandato de suspensión.

Es inútil advertir que la decisión dada en este procedimiento sumario no influye en la definitiva resolución de la cuestión. El examen de ésta se reserva a un estudio ulterior, es decir, en el juicio definitivo, que será petitorio o posesorio, según que el denunciante actúe como poseedor o como propietario.

La acción de *daño temido* que se relaciona con *cautio damni infecti* del Derecho romano (1), prevé una hipótesis distinta de

(1) Ver Dig. 39. 2. de *damno infecto*.

la precedente y tiene un campo más amplio de aplicación. «Quien tiene racional motivo para temer—dice el art. 699—que de cualquiera edificio, de un árbol o de otro objeto pueda derivar peligro de un daño grave e inmediato a un fundo u objeto por él poseído, tiene derecho a denunciar el hecho al Juez y de obtener, según las circunstancias, que se provea a evitar el peligro o se obligue al vecino a prestar caución por los daños posibles». Corresponde éste, como la precedente, tanto al propietario como al poseedor, y tres son también las condiciones para su ejercicio: *a)* precisa que alguien se halle en posesión del inmueble o de otro objeto a que el edificio o árbol o cualquiera otra cosa amenace con producir un daño; *b)* que la amenaza sea de un daño próximo y grave, como puede ser la caída de una pared, de un edificio, de un árbol, desprendimiento de tierra, el desbordamiento de una conducción de aguas; *c)* que sea razonable y fundado el temor de un peligro inminente.

Su fin es garantizar al propietario o poseedor de la cosa amenazada contra el peligro que le amenaza y las consecuencias del mismo. Más amplios son, por tanto, los poderes del Juez, a quien la ley concede la facultad de adoptar las medidas más adecuadas al caso; pero, en general, pueden reducirse a dos especies: una orden de realizar obras para remover el peligro, o la condena a prestar una caución con la cual se resarza al propietario de la cosa amenazada cuando el daño se produzca realmente (I).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Tutela de la propiedad.*—Los mismo medios de defensa de la propiedad que el autor enumera, son los corrientemente citados por los civilistas españoles. Manresa (*Comentarios*, edic. 3.^a, tomo III, pág. 140) añade a ellos, la acción *rescisoria de dominio* que tiende a destruir la excepción perentoria de prescripción—si bien señala la dudosa eficacia de su ejercicio en vista del art. 1.932 del Código civil—y la *ad exhibendum* preparatoria de las reales sobre bienes muebles o semovientes, reclamando sean mostrados, para reconocer su identidad (artículo 497, núm. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil).

Las acciones llamadas de denuncia, son consideradas en nuestra legislación (ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.631) como interdictales, siendo objeto de discusión si son o no verdaderas acciones posesorias, admitiéndose comúnmente su carácter de prohibitivas de actos que nos pueden causar un perjuicio.

I. *Reivindicación.*—El art. 348, párrafo 2.º del Código civil español, reconoce como facultad del propietario la de reivindicar, concediéndole acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa que le pertenece, ar-

CAPITULO IV

Derechos reales de goce

§ 58.—*Eociones generales y categorias*

Filomusi, Enc. §§ 63-64; Brugi, Ist. § 49; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 1; Zachariae, Man. I, § 203; Aubry et Rau, Cours. II, pág. 225; Planiol, Traité, I, núms. 2.745 y 2.746 Windscheid, Pand. I; 2, §§ 200-201.

De los derechos que tienen por objeto la cosa ajena (*iura in re aliena*) deben ser distinguidas fundamentalmente dos cate-

título que concuerda con el 439 del Código civil italiano; de ambos artículos pueden sacarse idénticas consecuencias en cuanto a los requisitos de la reivindicación.

Objeto de la misma, en nuestro Derecho, resulta indubitado que pueden ser, tanto las cosas inmuebles como las muebles, sin otras excepciones que las consignadas en los Códigos civil y de comercio. De carácter general es la que señala el autor respecto de las cosas muebles, adquiridas de buena fe, derivada del principio «en materia de muebles la posesión vale título» contenido en el párrafo 1.º del art. 464 de nuestro Código civil.

Por falta de buena fe, que las hace irreivindicables, no pueden serlo todas las poseídas con conocimiento de la insuficiencia del título y aun existiendo la buena fe, nuestro Código en el artículo 464, párrafo 2.º, concordante con el 708 del italiano, declara reivindicables las cosas extrañadas o las que el propietario hubiese sido privado ilegítimamente, siendo excepciones expresas a este apartado las consignadas en los siguientes del mismo art. 464: 1.ª Las cosas adquiridas en venta pública, si no se reembolsa el precio al adquirente de buena fe (párrafo 3.º, art. 464 concordante con el art. 709 del Código italiano). 2.ª Las empeñadas en los Montes de Piedad sin reintegrar el empeño y los intereses vencidos (párrafo 4.º, art. 464 concordante con el art. 11 de la ley de 4 de Mayo de 1898, ampliando los efectos del art. 709 del Código italiano). 3.ª Las adquiridas en Bolsa, feria, mercado o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos; las que según el Código de Comercio, al que expresamente el Código civil se refiere en el párrafo último del art. 464, no son reivindicables a tenor de los artículos 85 y 86—cosas adquiridas en tiendas y moneda con que se verifique el pago—concordante con el 709 del Código italiano y de el 546 número 3.º—sobre efectos al portador negociados en Bolsa con intervención de Agente colegiado o fuera de ella con la de Notario—concordante con el art. 57 del Código de Comercio italiano. 4.ª Tampoco pueden ser reivindicadas las cosas legítimamente prescritas, por el transcurso de los plazos que señalan los artículos 1.955—seis años los bienes muebles—y 1.959—treinta años los inmuebles—.

Es natural que tratándose de una acción que protege la propiedad, tan

gorías: unos cuyo contenido o fin es el goce más o menos amplio de las utilidades de la cosa; otros en que la cosa viene sujeta al poder de un tercero para garantía de un crédito suyo contra el

solo puede ejercerla el propietario, a quien únicamente se la concede el ya citado art. 348 del Código civil.

Al hablar de esta cuestión, trata el autor de la referente a la subsistencia de la acción *publiciana* en el derecho actual. En nuestro antiguo derecho fué reconocida en la ley XIII, tít. XI, Partida 3.^a y en la ley L, al final, tít. V, Partida 5.^a y en el actual puede considerarse concedida por el art. 441 del Código civil e indudablemente deriva del art. 41 de la ley Hipotecaria, coincidiendo los tratadistas españoles en considerarla subsistente.

La acción reivindicatoria ha de dirigirse contra el poseedor o el detentador (art. 348 del Código civil) pero no se regula en nuestro Derecho expresamente la excepción del art. 439 del Código civil italiano que obliga al poseedor que dolosamente, en perjuicio del dueño, cesase en la posesión, a recuperarla a sus expensas o a abonar su valor si el recobro fuera imposible, pero esto no excluye la acción que al propietario corresponde, que según nuestros civilistas está fundada en la regla *dolus pro possessione habetur*.

La jurisprudencia española ha señalado la necesidad de la concurrencia de los dos primeros requisitos; identidad de objeto y legitimación activa, o sea justo título de dominio (Sentencia, entre otras, de 6 de Julio de 1920) no habiendo hecho expresa mención del tercero, si bien es imprescindible para que la acción prospere, que tenga personalidad el demandado, la cual ha de ser objeto de prueba que incumbe al actor. La falta de cualquiera de los dos primeros requisitos hace que no prospere la acción y de ello nace la dificultad de su ejercicio, sobre todo respecto a bienes inmuebles por no estar ordenado el Catastro a una mayor efectividad del Registro dando lugar a que con un simple cambio de linderos, hecho constar en información posesoria, pueda desfigurarse una finca y prescribirse contra el derecho de su titular aunque esté inscrito.

Son idénticos los efectos de la reivindicación de las cosas, respecto al poseedor o detentador vencido, en el Código italiano y en el español; distingue también éste el caso del poseedor de buena fe del de mala, regulando los derechos del primero en los artículos 451—concuerdan con el 703 del italiano—y 452 y los del segundo en el 455 referente a los derechos en los frutos.

En cuanto a los gastos realizados en la cosa, ambos tienen derecho a los necesarios (art. 453 que concuerda con el 1.150 del Código italiano); los útiles se abonan al poseedor de buena fe (art. 453); los de puro lujo y recreo no son de abono pero puede cualquier poseedor retirarlos si la cosa principal no sufriese deterioro (concuerdan los artículos 454 y 455 de nuestro Código con los 704 y 705 del Código italiano); y únicamente y en ambos Códigos, se reconoce al poseedor de buena fe el derecho de retención por los gastos útiles o necesarios (art. 706 del Código civil italiano concordante con el 453 del español).

II. *Acción negatoria*.—Fundada en el carácter absoluto de la propiedad, es comúnmente referida por los tratadistas españoles, inspirándose en el Derecho romano, a la defensa de la propiedad contra los que pretendieran ejercer servidumbre sobre un predio, y puede servir de base a esta construcción la imprecisión de los límites del concepto de servidumbre que lo hacen de gran amplitud. Análogos requisitos y efectos

propietario de la cosa o contra otro que se sirve de la cosa ajena (con o sin consentimiento del propietario) para garantizar la propia deuda. A los primeros se les llama *derechos reales de goce*; a éstos, *derechos reales de garantía*.

que los señalados por el autor, se exigen para su ejercicio y produce su reconocimiento en nuestro Derecho

III. *Acciones relativas a los confines*.—El Código civil español en el capítulo III, tít. II, lib. III, que lleva por rúbrica «Del deslinde y amojonamiento» tan sólo habla del primero, dejando las operaciones más materiales que jurídicas, en que el segundo consiste para que fueran reguladas en la ley de Enjuiciamiento civil. tít. XV, lib. III, que lleva el mismo epigrafe.

Plantea el autor el problema de la naturaleza de la acción de deslinde, el cual, en nuestra patria, carece de importancia práctica, porque el ser real o personal, sólo serviría para determinar la competencia judicial y sobre este punto hay disposición expresa de la ley de Enjuiciamiento civil, en el núm. 15 de su art. 63; otra cosa sería si dicha acción no fuese imprescriptible, por disposición del art. 1.965 del Código civil. Pero aun en el campo científico, es preciso hacer notar que el autor resalta la posibilidad de una cuestión sobre propiedad de una zona intermedia, que le da un marcado carácter real y en cambio otros tratadistas creen que su característica es el exigir el cumplimiento de una obligación legal, cual es la de que se señalen los límites de los predios, lo que la caracteriza de personal.

Ha de recordarse también que no es posible confundir esta acción con la reivindicatoria que se da cuando los límites de los fundos están ya demarcados o cuando como consecuencia de la demarcación, es preciso reivindicar terrenos que se creen usurpados; en el ejercicio de la *actio finium regundarum*, que tiene su procedimiento como acto de jurisdicción voluntaria, no puede darse cuestión sobre la propiedad, sino todo lo más a una adjudicación de la zona que no resulte atribuida a uno de los colindantes, en su título o por la posesión, sobreseyéndose el expediente, según el art. 2.070 de la ley de Enjuiciamiento civil cuando no se llegase a un acuerdo en la adjudicación.

Su ejercicio corresponde, tanto al propietario de la finca como a los que tengan derechos reales (art. 384 del Código civil, párrafo 2.º y 2.061 de la ley de Enjuiciamiento civil concordantes con el 79 del Código de procedimiento civil italiano). Comúnmente sólo se da en predios rústicos, pero puede darse en los huertos y jardines anejos a los urbanos y casi nunca en estos perfectamente definidos, en los títulos y también en la realidad, por las paredes o muros que los cercan.

IV. *Acciones de denuncia*.—Bajo esta denominación estudia el autor los conocidos en nuestro Derecho con el nombre de interdictos de obra nueva y de obra ruinosas, regulados en las secciones 3.ª y 4.ª del tít. XX, libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil. Ya hemos señalado el carácter de acciones prohibitivas de actos que nos pueden causar un perjuicio, figurando junto a los verdaderos juicios posesorios (interdictos de adquirir, retener y recobrar) por lo sumarísimo de sus trámites y provisional de su fallo y por su comunidad de origen en el Derecho romano.

Acción de denuncia de obra nueva.—No hay en nuestro Derecho precepto concordante del art. 698 del Código civil italiano, pero no deja de reconocerse la facultad de ejercitar la llamada en nuestra legislación his-

En los primeros se imponen otras clasificaciones por el diverso contenido del goce, su mayor o menor extensión, la distinta naturaleza del vínculo real con que la cosa puede hallarse sujeta. Prescindiendo ahora de la enfiteusis y de la superficie cuya naturaleza es muy discutida en el Derecho moderno, y que será examinada más adelante, todos los restantes derechos reales de goce se agrupan en dos categorías según que el servicio que la cosa presta sea en ventaja de una determinada persona o de un fundo determinado. Pertenecen a la primera especie los derechos de usufructo, de uso, de habitación, en los cuales la utilidad de la cosa se halla total o parcialmente sustraída al propietario y atribuída a un tercero que tiene en la cosa un señorío particular y dependiente; a la segunda, las servidumbres todas impuestas a un fundo (sirviente) en servicio de otro fundo (dominante) del cual se consideran como pertenencias o mejoras por el beneficio que le reporta la limitación de los poderes en el propietario del fundo sirviente.

La tradición escolástica, fundándose en una antigua clasificación bizantina que Justiniano adoptó y atribuyó a la doctrina clásica (1), recoge ambos grupos en el concepto único de servi-

tórica, acción de denuncia de obra nueva, a toda persona que temiere un perjuicio racional en la cosa, que por cualquier título posea, con la construcción o reforma de un inmueble realizada por otro. Análogos son los requisitos que se exigen en ambas legislaciones y muy parecidos los efectos de la denuncia, dándose lugar a la suspensión de la obra (art. 1.663 de la ley de Enjuiciamiento civil) provisionalmente, pudiendo el dueño de la obra pedir se le permita hacer las obras indispensables para la conservación de lo edificado (art. 1.665 de igual ley) y, una vez que se haya dictado sentencia, solicitar que se le permita la continuación de la obra, prestando la fianza necesaria para responder de la demolición y de los daños y perjuicios (art. 1.672 de la ley Procesal) en tanto se resuelve en el juicio que corresponda su derecho a edificar.

Acción de daño temido.— Concedida por los artículos 389 y 390 de nuestro Código civil, tiene por objeto la demolición de obra ruinosa, si el propietario no quiere realizar las obras de consolidación o el arrancar y retirar el árbol que amenazara caerse, cuando puedan resultar daños. No se da en nuestra legislación, la posibilidad de prestar caución por los daños posibles (art. 699 del Código civil italiano).

Esta acción tiene un desdoblamiento en nuestro Derecho: en primer lugar la interdictal ante los Tribunales de justicia, pudiendo ejercitarla las personas enumeradas en el art. 1.677 de la ley de Enjuiciamiento civil y por otro lado la acción pública ante la autoridad municipal que corresponde a todos los ciudadanos.

(1) Ha sido demostrado por Longo, *La categoria delle servitutes nel*

dumbre, y como en el primero las utilidades se dan en beneficio de una persona y en el segundo de un fundo, llama *servidumbres personales* a los derechos reales del primer tipo y *servidumbres prediales* a los del segundo. El sistema del Código francés seguido por nosotros no abolió la impropia unificación al separar netamente el usufructo, el uso, la habitación, de las demás servidumbres; tal unificación dominó en la doctrina civilística a la que no parecieron suficientes los motivos que indujeron al legislador francés a proscribir de su Código una palabra (*servidumbre personal*) que pudiera recordar la servidumbre de la persona, la aminoración de su libertad y los vínculos feudales abolidos para siempre (1).

Más correcto desde el punto de vista científico es, pues, separar de las servidumbres el derecho de usufructo y de las formas menores de goce de la cosa ajena que, como el uso y la habitación, no son actualmente otra cosa que modificaciones del usufructo. A esto autoriza el mismo ordenamiento legislativo que felizmente coincide (sea por efectos de diferentes motivos) con la más pura concepción del Derecho romano clásico. Y si en

diritto romano clasico (*Bull. Ist. dir. rom.*, XI, pág. 281), que los jurisconsultos clásicos no pensaron nunca en incluir en el concepto de servidumbre el derecho de usufructo y el derecho de uso (ni siquiera en el justiniano la habitación y las obras de los siervos se incluyen): se trata de categorías totalmente diversas de *iure in re aliena* que no tienen de común sino algún principio general derivado de ser derechos en cosa ajena y por esto tampoco exclusivo de ellos sino también común a otros *iure in re* como la superficie, la prenda, etc. La mayor parte de las reglas generales que la doctrina tradicional romanística y civilística enuncia como principios de las servidumbres prediales y personales (como *nemini res sua servit, servitus in faciendo consistere nequit, servitus servituti esse non potest*, etc.) o no son exclusivas de las dos categorías o son especiales de las servidumbres prediales; lo cual demuestra que a más de ser la unificación conceptualmente errónea, es prácticamente inútil y hasta nociva; ver Longo, op. cit., pág. 337 y siguientes, y Venezian, *Usufrutto*, I, página 91 y siguientes.

(1) Esta es la razón principal que determinó la supresión del nombre, pero no debe dejarse de tener en cuenta que se trataba de instituciones de naturaleza intrínsecamente diversa y que debían por esto estar separadas; ver Venezian, op. cit., pág. 91 y siguientes.

el Código se habla de *servidumbres prediales* cuando no debiera hablarse sino de *servidumbres* simplemente, se explica como un vestigio de la terminología tradicional.

Sentado esto, todos los derechos reales de goce que recaen en cosa ajena representan una limitación al derecho del propietario; limitación que puede variar desde una mínima y casi imperceptible carga, como la de sufrir el desagüe de edificios o el alero de un tejado ajeno, hasta el más pleno goce de todas las utilidades económicas que la cosa produce, como se da en el usufructo y más aún (para quien admite su carácter de *iura in re aliena*) en la enfiteusis. Estas restricciones de la propiedad no deben concebirse como efecto del fraccionamiento o desmembración de la misma: el creer, como por mucho tiempo ha enseñado la doctrina más anticuada, que del derecho de propiedad se destaquen una o más facultades singulares para ser atribuidas a un diverso titular, significa admitir que el dominio sea la suma de una serie de facultades y no un derecho único y complejo que comprende todos los poderes imaginables de goce y de disposición. Son poderes especiales y dependientes que vienen conferidos a otro que no es el propietario y que por esto limitan el señorío de éste sin destruirlo (1). Y son poderes que pueden tener el mismo contenido que la correspondiente facultad del propietario, ya como goce general de toda utilidad de la cosa (usufructo), ya como goce parcial (ejemplo, servidumbre de paso, de pasto); pero a veces tienen por contenido propio una utilidad que no es precisamente la misma de que hubiera podido gozar el propietario; es más, es la negación de éste (*servitus altius non tollendi*), lo cual explica por qué no puede hablarse de fraccionamiento de la propiedad (2).

(1) El concepto rechazado en el texto, ha dominado por largo tiempo en la doctrina antigua que admitió que el usufructo pudiese corresponder al propietario en la cosa propia y se reconocieron dos especies: el *usufructo formal* que corresponde a un tercero en la cosa ajena y el *usufructo causal* que no hallándose separado de la propiedad, corresponde al mismo propietario. Tal idea esa tribuída al Derecho romano clásico por Pampaloni, *Il concetto classico dell'usufrutto* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXII, página 109 y siguientes), pero no nos parece exacta.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Derechos reales de goce. Nociones genera-*

§ 59.—*Usufructo, uso y habitación.*

Brugi, Ist. § 49; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 41; Chironi Ist. I, §§ 163-171; Zachariae, Man. I, §§ 204-215; Aubry et Rau, Cours, II, 226-237; Planiol, Traité I, número 2.747 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 202-208 (1).

De las cuatro figuras típicas conocidas por el Derecho romano de goce de la cosa ajena, atribuído con derecho real a una persona determinada, no han sobrevivido en el nuestro más que el *usus fructus*, el *usus* y la *habitatio*, habiendo desaparecido las *operae servorum*. Aquellas tres pueden ser unificadas en el con-

les.—El usufructo, el uso y la habitación, derechos reales de goce a favor de persona determinada, tienen grandes analogías con las servidumbres prediales, y aunque se diferencien perfectamente por la característica temporal de éstas, se acusan al decir de Girard (*Manuel de droit romain*, pág. 357): 1.^a Ser derechos reales. 2.^a Ser derechos en cosa de otro; y 3.^a Ser derogaciones del modo común de ser el derecho de propiedad.

En la Edad Media, en el famoso *arbor servitutum*, se clasificaban el usufructo, el uso y la habitación dentro de las servidumbre mixtas junto con las que se debían por las personas a las cosas (Clemente de Diego, *Apuntes de Derecho civil*, primer curso, páginas 248 y 249), y Vinnio, sigue asimilándolos a las servidumbres personales, indicando que se pueden enumerar junto a ellos por su semejanza la servidumbre de los siervos.

El legislador francés, llevado de su odio a todo lo que suena o recuerde a feudalismo, rompió como indica el autor en el texto con la doctrina ya tradicional, decisión aplaudida por el Profesor Ruggiero y por nuestro comentarista Manresa, que encuentra (Obra citada, t. IV, pág. 351) mayores analogías entre el usufructo y el arrendamiento si se borrara el carácter de personalísimo, que el primero reviste que es puramente convencional. Sin embargo, en nuestra legislación, al admitirse las servidumbres en favor de una persona determinada o de una comunidad, prescindiendo de su condición de titular de un fundo (art. 531 del Código civil español), resulta indudable que se pueden incluir en este concepto los derechos de usufructo, uso y habitación y que de no ser por el carácter perpetuo de las servidumbres personales, sería difícil diferenciarlas de aquellos derechos en su aspecto cualitativo, si bien en su aspecto material, no causan una huella tan profunda en el derecho de propiedad. En la actualidad siguen el criterio unitario, estimándolos servidumbres personales numerosos autores y algún Código moderno como el alemán.

(1) La obra más notable sobre la materia en orden al derecho civil italiano, es hoy la de Venezian, *Dell'usufrutto dell'uso e dell'abitazione*, Napoli, 1895-1913 (en la colección *Il diritto civ. it. de Fiore*). Para el derecho romano ver De Ruggiero, *Usufrutto e diritti affini (c. d. servitu personalis)*, Napoli, 1913.

cepto de usufructo. No es, en efecto, el derecho de uso, sino un usufructo más limitado, un goce de la cosa ajena limitado a las necesidades del usuario y de su familia y no difiere, por tanto, cualitativamente del goce ilimitado del usufructuario, sino que sólo es cuantitativamente diverso. A su vez el derecho de habitación no es más que una forma particular del uso caracterizado por la especial naturaleza de la cosa en que se concreta el goce del usuario: es el derecho de uso de una casa-habitación. Pueden, pues, el uso y la habitación ser considerados como modificaciones del usufructo y subordinados a éste, del cual contiene las notas características fundamentales, si bien la disciplina sea diversa.

La disciplina la establece el Código en los artículos 477-530; pero el art. 476 sienta una norma general con la cual se declara que los derechos de usufructo, de uso y de habitación se regulan por el título de que derivan y que la ley sólo suple en cuanto el título no provea, salvo que la misma ley disponga otra cosa. Es, pues, la regulación de la relación dejada a la soberana voluntad privada de las partes en cuanto a la determinación del contenido y de los límites del goce, responsabilidades recíprocas, duración y modalidades del derecho. Pero no debe creerse que en toda ocasión se apliquen las normas de la ley; tan sólo cuando se dé el silencio de la voluntad particular. Como fuera de los tres tipos de usufructo, uso y habitación, no podrían constituirse otros derechos reales de goce (las llamadas servidumbres irregulares de que se hablará más adelante), así, dentro de los límites de cada tipo no es lícito al particular regularlos de modo que resulten desnaturalizados, o dictar una disciplina que pugne con las normas inderogables, como son, por ejemplo, las que prohíben la perpetuidad del goce o su atribución sucesiva en forma de fideicomiso o que aseguran al propietario su derecho de inventario, incluso cuando el usufructuario haya sido dispensado de él.

I. *Usufructo*.—Deriva su nombre del contenido mismo del derecho de goce que comprende el *uti* y el *frui*, es decir, la facultad de usar de la cosa ajena y de apropiarse sus productos. Es, pues, un derecho real que atribuye al titular el poder gozar de la cosa ajena, como podría gozar el propietario con la limita-

ción que debe conservarse la substancia de la cosa para poder el propietario reintegrarse en su derecho, cuando, cesado el usufructo, el señorío de aquél recobre su natural plenitud. Tiene, pues, un doble y substancial carácter: uno positivo, del poder de disfrute; el otro negativo, de límite que pone en evidencia la concisa definición romana: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (1), a la que corresponde la contenida en el art. 477: «El usufructo es el derecho de gozar de las cosas cuya propiedad es de otro, del modo que gozaría el propietario, con la obligación de conservar la substancia en la materia y en la forma». De estos dos caracteres fundamentales a la naturaleza real del derecho derivan las ulteriores determinaciones de su contenido; la temporalidad del derecho que no podría concebirse constituido perpetuamente; la posibilidad de hacerlo valer *erga omnes* lo que le diferencia de todo otro goce de la cosa ajena atribuido en virtud de una relación obligatoria; las amplias facultades que corresponden al usufructuario de disfrute, de disposición de las utilidades económicas de la cosa y las más limitadas del nudo propietario a las que son correlativas las recíprocas obligaciones de no perjudicar ni alterar la función económico-social de la cosa y de no turbar el goce del titular; la conceptual ineptitud de las cosas que se consumen con su disfrute para ser objeto del usufructo. Todas las especiales normas, a veces minuciosas, que el Código establece se contienen en los dos principios que constituyen la esencia del usufructo: y hay que referirse a ellos para entender las que se refieren al objeto, derechos y obligaciones del usufructuario, modos de extinción.

a) *Constitución*.—Se establece el derecho de usufructo por virtud de la ley, por acto voluntario o por prescripción adquisitiva (art. 478).

Deriva directamente de la ley el usufructo correspondiente por derecho a algunas personas en los bienes de los demás, sin

(1) Pr. Inst., 2. 4; fr. 1. D. 7. 1; Ulp., Reg. 24-26. Sobre el carácter clásico de la definición idéntica en los dos pasajes de las Ist. y del Digesto, ver Di Marzo, *Sulla definizione romana dell usufrutto* (St. per Fadda I, página 139 y siguientes); ver también sobre el concepto romano del usufructo el escrito de Pampaloni citado más arriba.

que concurra la voluntad del propietario. Dos son los casos más notables: 1) el del usufructo legal del padre que ejerce la patria potestad sobre los bienes que adquiere el hijo por sucesión, donación o por cualquiera otro título lucrativo; dura en tanto el hijo no haya sido emancipado o no haya alcanzado la mayor edad (art. 228), y es regulado por normas particulares que, sustrayendo al disfrute del padre algunos especiales bienes (artículo 229), imponiéndole los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del hijo (art. 230), estableciendo causas especiales de cesación (artículos 232-234), alteran sensiblemente la naturaleza y el contenido con relación al tipo normal; 2) el del usufructo atribuido al cónyuge supérstite sobre los bienes del otro cónyuge, ya en la sucesión legítima, ya en la testamentaria (artículos 812 y siguientes).

Se adquiere por acto voluntario mediante negocio jurídico, y éste puede ser un acto a título gratuito como la donación o el testamento, o un acto a título oneroso como la venta, tanto entre vivos como a causa de muerte. Pero si el usufructo recae en bienes inmuebles, la adquisición no es eficaz respecto a los terceros si no es hecha pública mediante la transcripción del título (art. 1.932, números 1.º y 2.º y Decreto de 21 de Abril de 1918, art. 2).

Se funda, finalmente, en la posesión prolongada por el tiempo legal la adquisición del usufructo por prescripción, que puede ser de treinta años o decenal si acompaña a la posesión un título transcrito y la buena fe (artículos 2.135, 2.137 y 415); pero conviene observar que especialmente para la primera especie de prescripción una tal adquisición es en la práctica bastante rara, dado el carácter temporal del derecho mismo.

b) *Objeto*.—Puede el usufructo establecerse sobre toda clase de bienes muebles o inmuebles (art. 478); cuando recae sobre estos últimos se aplican a él las normas generales de toda adquisición de derechos inmobiliarios: necesidad de la forma escrita y transcripción (artículos 1.314-1.932).

De su naturaleza se deduce, dada la limitación *salva rerum substantia* que debieran hallarse excluidas todas las cosas de utilidad simple; esto es, aquellas cuyo goce consiste en consumir,

las. Sólo aquellas cosas susceptibles de un goce repetido pueden ser objeto de un derecho que confiere al titular la facultad de gozar de la cosa y al propio tiempo la obligación de conservar la substancia. Ya de antiguo, en el mismo Derecho romano, por la presión de necesidades y exigencias sociales y precisamente para salvar la validez de los legados de un patrimonio o de una cuota de patrimonio en que viniesen comprendidas cosas consumibles, se admitió la posibilidad de constituir un derecho temporal de goce en las cosas consumibles.

Un senadoconsulto de la primera época imperial admitió que el usufructo pudiera legarse válidamente, *Omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret*, entendiendo que el derecho de usufructo en tales cosas equivaliese al de propiedad, y así surgió, mediante el auxilio de la *cautio usufructuaria*, oportunamente modificada (1), la nueva figura del cuasi usufructo (o usufructo impropio) cuya profunda desviación del tipo normal le representa la adquisición que el usufructuario hace de la propiedad de las cosas sujetas a su goce y por la obligación de restituir, al cesar el usufructo, otro, tanto en cantidad y calidad. Acogida también por el Derecho moderno esta especie anómala de usufructo, está regulada por el art. 483, el cual, previendo dos hipótesis, según que al comenzar el usufructo se procediere o no a la estimación de la cosa, dispone que al cesar el usufructo deba el titular pagar el valor de estimación en el primer caso o tenga en el segundo opción entre restituir otro tanto de la misma calidad o pagar el precio corriente al tiempo de la cesación.

Del mismo modo que el patrimonio o una cuota patrimonial, así también una suma de dinero o una determinada cantidad de grano o de vino puede ser objeto de usufructo. A no pequeñas dificultades teóricas da lugar el usufructo de un crédito. La cuestión, que se enlaza con la de la posibilidad de derechos sobre derechos, no halla una resolución explícita en el Código, que sólo prevé un caso especialísimo: el del usufructo constituido sobre

(1) Sobre la función de la *cautio* en relación al usufructo y cuasi usufructo en derecho romano, ver De Ruggiero, *Sulle cautio usufructuaria* (*St. per Scialoja*, I, pág. 71 y siguientes).

una renta vitalicia, y la norma establecida es que al usufructuario corresponde el derecho de percibir las pensiones que *maduran* día por día e incumbe también la obligación de restituir el exceso que hubiese percibido anticipadamente (art. 482). Se discute, en efecto, qué es lo que se debe considerar propiamente como objeto del goce, si el crédito en sí o el contenido mismo de la prestación debida por el deudor; si se debe desprender de la naturaleza de ésta la calificación del derecho de usufructo, considerándolo usufructo propio cuando el objeto de la prestación es una cosa inconsumible, e impropio cuando es consumible; si varía la figura según que el crédito sea o no fructífero, considerándose propio el usufructo del crédito que se refiere a prestaciones periódicas y repetidas (en cuanto que el goce recae sobre frutos civiles y no sobre el capital) y como impropio el de prestación única (en cuanto que no es concebible otra forma de goce que no sea exigiendo el capital mismo) (1).

Pero la figura del cuasi usufructo no es aplicable a las cosas simplemente deteriorables; para ellas se da el usufructo propio y la restitución se efectúa consignando la cosa en el estado de deterioro en que se halle al usar el usufructo por efecto del uso normal de la misma (2). «Si el usufructo—se dispone en el artículo 484—comprende cosas que sin consumirse se deterioran poco a poco con el uso, como la ropa blanca, los muebles, el usufructuario tiene derecho de servirse de ellas para el uso a que estén destinadas, y no se halla obligado a restituirlas al cesar el usufructo sino en el estado en que se hallen, con la obli-

(1) Ver Stamber, *Der Niessbranch an Forderungen*, 1880; Mansbach, *Der Niessbranch an Forderungen*, 1880; Hartmann, *Zur Lehre vom Niessbranch an Rechten, insbesondere an Forderungsrechten* (*Krit. Vierteljahresschr.*, XXII, 1880, pág. 518 y siguientes); Ferrara, *L'usufrutto dei crediti nel dir. civ. it.* (*Riv. it. p. le. sc giur.*, XXXVIII, 1904, pág. 325 y siguientes; XXXIX, 1905, pág. 97 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2. página 137, n. c.

(2) Ver para el derecho romano, ya respecto a estas cosas, ya respecto a las inconsumibles, a las incorporales y a los derechos, Pampaloni *Sull oggetto del quasi usufrutto* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XIX, pág. 85 y siguientes) y sobre todo la doctrina del cuasi usufructo Hananser, *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht*, 1879.

gación, sin embargo, de indemnizar al propietario si se hubiesen deteriorado por dolo o culpa del usufructuario».

c) *Derechos del usufructuario.*—De las facultades que corresponden al titular del usufructo puede decirse con fórmula concisa que son todas aquellas que en el goce normal corresponden al propietario, salvo la obligación impuesta de conservar y restituir. Ahora, si bien (como ocurre en la propiedad) sea más fácil una determinación negativa que una enumeración de las singulares facultades, éstas pueden agruparse en el triple derecho que corresponde al usufructuario: α) pedir la entrega de la cosa; β) usar de ella y apropiarse de sus productos; γ) disponer de este goce.

α) *Derecho a la posesión.*—El usufructuario tiene derecho a la posesión de la cosa, y cuando ésta sea consumible, a la propiedad de la misma, y ejercita este derecho con acción real contra cualquier poseedor. La debe aceptar en el estado en que se halle (art. 496); no puede obligar al propietario a que le entregue la cosa en buen estado.

β) *Derecho de goce.*—Correspóndele el *usus* y el *fructus*, es decir, el goce íntegro de las utilidades que la cosa en sí y en su producción ofrece (artículos 476 y 479). Por esto tiene derecho a usar de la cosa del modo que gozaría de ella el propietario, utilizándola según su destino, apropiándose los frutos naturales y civiles y gozando de las acciones y de sus pertenencias (artículo 494). Los frutos naturales se adquieren con la separación y son por ésto del usufructuario los que se hallen pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, aunque hayan madurado anteriormente, y son del propietario los pendientes al tiempo de cesar el usufructo, aunque hayan madurado en tiempo en el que aún duraba el usufructo. Dispone el Código, con un precepto que deroga el principio *fructus non intelligentur nisi deductis impensis*, que éstos se adquieren, respectivamente, por el usufructuario y propietario sin indemnizar los gastos de cultivo y semillas que su producción haya originado (art. 480); pero se justifica la norma con el objeto que se propone de evitar todo conflicto y ofrecer una rápida actuación y reintegración del derecho de uno y otro y con el trato igual dispensado al propieta-

rio y al usufructuario se suprime toda injusticia, ya que el riesgo de uno viene compensado con el del otro.

Si el usufructo comprende bosques talares de alto fuste, se contienen normas particulares en los artículos 485 y 489 para la tala y uso de la leña, y en los sucesivos, resolviéndose antiguas controversias, se declara que de los árboles fructíferos pertenecen al usufructuario los que perezcan o hayan caído por accidente, con la obligación de sustituirlos por otros (art. 490); que puede apropiarse los plantones del vivero, siendo considerados como frutos, pero debe renovarlos reponiendo los vástagos (art. 491); que le corresponde el goce de las minas, canteras, turberas, con tal que estén abiertas y en explotación al tiempo en que el usufructo comienza (art. 494, párrafo 1.º); que no le corresponde derecho alguno en el tesoro descubierto en el fundo, salvo que sea él mismo el descubridor (art. 494, párrafo 2.º). Cuando el usufructo recaiga sobre animales, conviene distinguir si se ha constituido sobre un animal solo, sobre uno o varios que corresponden al fundo sometido al usufructo, sobre una piara o grey. El usufructuario tiene derecho a apropiarse los productos de trabajo, las crías de los animales; pero en tanto en el primero el perecimiento del animal (cuando ésto ocurra sin culpa) no obliga al usufructuario a restituir otro o a pagar su precio (art. 512), en el último está obligado a subrogar las cabezas muertas con las crías hasta concurrencia de éstas, y cuando perezca toda la piara o ganado no puede apropiarse las pieles, debiendo dar éstas o su valor al propietario (art. 513). El caso de animales que constituyan la dotación de un fundo está sometido a las reglas del usufructo en cosas consumibles (artículo 514). El usufructuario adquiere los frutos civiles día por día; le corresponden proporcionalmente a la duración del usufructo independientemente de su vencimiento (art. 481). La medida o criterio de adquisición viene dado por el cotidiano madurar de los mismos durante el tiempo en que el usufructo diera, y aplicación de esta norma es el usufructo en renta vitalicia de que se ocupa el art. 482.

Finalmente el usufructuario tiene derecho a rechazar todo acto del propietario que tienda a impedir el ejercicio de sus fa-

cultades o a limitar su derecho de goce. Pero como el goce no debe cambiar la naturaleza ni el destino de la cosa ni hacer más onerosa la posición del propietario, no corresponde al usufructuario indemnización alguna por las mejoras que hubiese introducido, aunque resultase aumentado el valor de la cosa. Por un justo criterio de equidad admitió la ley que puedan compensarse los deterioros causados sin grave culpa del usufructuario con el aumento de valor en la cosa. Cuando no haya lugar a compensación tiene este último el *ius tollendi*, siempre que los aumentos puedan retirarse con provecho para el usufructuario y sin daño para la propiedad; su ejercicio, sin embargo, se halla subordinado a la facultad que se confiere al propietario de retener las mejoras reembolsando el valor que las cosas tendrían luego de la separación (art. 495) (1).

γ) *Derecho de disposición*—Dentro de los límites en que la disposición de su derecho de goce no lesione los derechos del propietario ni desnaturalice la relación, puede el usufructuario ceder por un título cualquiera, oneroso o gratuito, el ejercicio del propio derecho (art. 492), que resulta siempre limitado en su duración a la vida del cedente (2). La rigurosa aplicación de este principio, que prohibiría al usufructuario el disponer de la cosa para después de la cesación del usufructo, llevaría a declarar sin eficacia toda disposición después de vencido el término del usufructo. Pero se ha considerado que la rigurosidad de este principio debía ser templada con relación a los arrendamientos. Estas son válidas, como toda otra cesión, por el tiempo en que el usufructo dura y no se resuelven inmediatamente de cesar el usufructo. A este efecto distingue el art. 493 si el usufructo es

(1) Sobre esta norma ver Fumaioli, *I miglioramenti fondiarii nell'usufrutto* (Filang, 1919, pág. 501 y siguientes) y con carácter más general sobre el derecho del propietario a adquirir las mejoras hechas por un tercero, sobre el derecho de éste al reembolso, etc., ver Fumaioli, *Teoria dei miglioramenti fondiarii*, Siena, 1921.

(2) Es discutido si debe entenderse que sea cedible sólo el ejercicio constituyéndose así una mera relación obligatoria o además el mismo derecho real de usufructo, salva la limitación que acompaña a éste por la duración de la vida del cedente; ver Pacifici, *Ist. III, 2. pág. 74* y Venzio *ídem*, pág. 154.

por tiempo indeterminado o determinado, y dispone en el primer caso que: 1) los arrendamientos que sean hechos por un período que exceda de cinco años, no duran sino por el quinquenio que esté en curso al tiempo de cesar el usufructo, computándose el primer quinquenio desde el día en que tuvo lugar el arrendamiento y los sucesivos desde el día del vencimiento del primer quinquenio; 2) los arrendamientos por un quinquenio o por menos tiempo son válidos por el tiempo pactado, salvo que se pacten o renueven con más de un año (para los bienes rústicos) o de seis meses (para las casas) de anterioridad a su ejecución y ésta no haya comenzado antes de la cesación del usufructo. Si, por el contrario, el usufructo es por tiempo determinado y cierto, declara que: 3) los arrendamientos no durarán en todo caso sino el año y eventualmente el bienio o trienio en curso cuando se trate de fundos cuya principal cosecha sea bienal o trienal (1).

d) *Obligaciones del usufructuario.*—De las obligaciones que le incumben y que no son sino la manifestación concreta de aquel *salva rerum substantia* que rige toda la relación, se reflejan algunas al derecho a la entrega de la cosa, otras al goce, otras a la restitución de la misma, y corresponden por esto a los tres momentos del comienzo, duración y fin del usufructo.

a) *Obligaciones al comenzar el usufructo.*—Dos son, principalmente, las que el usufructuario debe cumplir antes de entrar en el goce de la cosa: 1) Debe hacer a sus expensas el inventario de los muebles y la descripción del estado de los inmuebles presente el propietario o debidamente citado (art. 496); de esta obligación, que constituye condición para obtener la posesión, pero cuyo incumplimiento no implica pérdida del derecho, puede el usufructuario ser dispensado por razón del título, y si el título no le dispensa puede el nudo propietario dispensarlo. La dispensa contenida en el título no impide que el propietario proceda al inventario; por tanto, no tiene otro efecto que el de eximir al usufructuario de los gastos; por ello, la prohibición del

(1) Petroni, *Fine della locazione stipulata dall'usufruttuario nel diritto rom. e nel c. civ. it.* (Filang. XXIV, 1899, pág. 401 y siguientes) Sacchi en *Studi per Chironi*, I, pág. 425.

constituyente y cualquiera cláusula penal deberían considerarse como no escritas. 2) Debe, además, prestar caución, garantizar (con garantía real o personal) que gozará de la cosa como un buen padre de familia y la restituirá al cesar el usufructo sin disminución ni deterioro (art. 497) (1), pero el doble contenido de la *cautio* se modifica substancialmente cuando se trata de cuasi usufructo (2). De esta segunda obligación están exentos por disposición legal (art. 497, párrafo I.º) el padre y la madre que tengan el usufructo legal en los bienes de los hijos, el vendedor o donante que se hayan reservado el usufructo sobre los bienes vendidos o donados; en cualquiera otro caso el título puede dispensar sin que se den aquí limitaciones (como en la precedente obligación) a la libre voluntad de quien constituya el usufructo. Pero ni la omisión de la caución hace perder el derecho ni la tardanza en prestarla priva del derecho a los frutos (artículo 500). Previendo el caso que el usufructuario no pueda prestarla o prestarla suficiente, la ley, protegiendo a éste y al propietario, dispone que los inmuebles sean arrendados o puestos en administración, el dinero colocado a rédito, los títulos al portador convertidos en nominativos a favor del propietario con la anotación del relativo usufructo, los productos vendidos, colocándose su precio a rédito, los muebles que se deterioran con el uso enajenados, y mientras al usufructuario son atribuidos los intereses, las rentas, al propietario corresponde salva la substancia de la cosa o el capital (artículos 498 y 499).

β) *Obligaciones durante el goce.*—La positiva determinación del modo cómo el titular del usufructo debe gozar de la cosa es dada por el art. 497 con una fórmula que reproduce la doctrina romana. Debe usar de la cosa como un buen *pater familias*, es

(1) Este artículo sólo se refiere a la obligación de gozar de la cosa como un buen padre de familia pero puede aplicarse en nuestro derecho la norma romana, por la cual debía el usufructuario *cavere et usurum seboni viri arbitrato et cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit*, ver fr. 1. pr. D. 7. 9; 30. § 5. D. 12. 2.

(2) Y así también en derecho romano cuando la *cautio* normal es substituída por la *cautio senatus consulti* que tiene por objeto un *eiusdem qualitatis res se restitutum* ver De Ruggiero, op. cit.

decir, emplear aquella diligencia media que corresponde al tipo normal de un hombre experto y honrado absteniéndose de toda innovación que cambie el destino actual de la cosa. Y como a él corresponde el goce y a otro la propiedad de la misma cosa, es claro que las cargas que sobre ellos recaigan deben repartirse equitativamente entre el propietario y el usufructuario por razón del derecho de cada uno.

En concreto, y combinando el principio que al propietario debe quedar salva la substancia con el de que los frutos sólo se adquieren en la medida que resulte luego de deducidos los gastos, resulta la norma general, que cuando el usufructuario realice un gasto que corresponda al propietario, debe éste reembolsar al primero, pero sin intereses, porque éstos se hallan representados por el material disfrute que ha obtenido el usufructuario; si el gasto se ha realizado por el propietario debe el usufructuario abonarle los intereses por la misma razón, con tal que se trate de gastos a que el propietario no esté obligado a realizar.

Más concretamente: 1) figuran a cargo del usufructuario las reparaciones ordinarias y extraordinarias, causadas estas últimas por la inejecución de las primeras (ver la enumeración del artículo 504); si estas últimas, las extraordinarias, se verifican por el usufructuario, debe ser reembolsado de su valor por el propietario sin intereses, con tal que la utilidad de las reparaciones subsista al tiempo en que cesó el usufructo (art. 502); si las realiza el propietario, como éste no se halla obligado, debe el usufructuario abonarle durante el usufructo los intereses del capital empleado (art. 503). 2) Recaen en el usufructuario todas las cargas anuales, como son las contribuciones, cánones y gravámenes que, según la costumbre, gravan los frutos (art. 506); en el propietario, los que se imponen a la propiedad, estando obligado el usufructuario a abonarle el interés, y si anticipa el pago tiene derecho (el usufructuario) al reembolso del capital sin intereses (art. 507). 3) Se hallan a cargo del propietario las deudas en cuya garantía haya sido hipotecado el fundo, los censos, las rentas simples impuestas al mismo, y, en general, cualquiera otra deuda si el usufructo está constituido sobre una o varias

cosas particulares (art. 508); cuando, por el contrario, se trate de usufructo sobre un patrimonio o cuota de éste, el usufructuario está obligado a pagar las anualidades e intereses de las deudas que gravan aquél o aquélla totalmente o en proporción a su cuota de disfrute (art. 590). El pago que el usufructuario haga en uno u otro caso de deudas que no recaigan sobre él le da derecho a repetir contra el propietario por la restitución del capital con o sin intereses, según la norma antes recordada. 4) Finalmente, debe el usufructuario soportar los gastos de los litigios referentes al usufructo; y los relativos a aquellos que se refieran a la nuda propiedad los soportan ambos proporcionalmente (artículo 510), debiendo el usufructuario denunciar toda usurpación o ataque que lesione su derecho (art. 511).

γ) *Obligaciones finales.*—La principal es la de restitución de la posesión de la cosa. Ya dijimos que los deterioros que se produzcan sin culpa del usufructuario pueden compensarse con los aumentos de valor por mejoras hechas por él. La obligación de restituir se convierte en el cuasi usufructo, en la de pagar la estimación; y si la estimación no fué hecha, en la de consignar otro tanto de la misma calidad o en la de pagar su precio.

e) *Extinción.*—Es antigua la observación de que si el usufructo pudiese durar perpetuamente cesaría la razón de la defensa de un derecho de propiedad vacío de contenido económico (1); no hay, en efecto, como en las servidumbres, una particular utilidad abstraída al propietario, sino el goce completo de la cosa; ni se da tampoco, como en la enfiteusis, la compensación de un canon periódico que represente una utilidad económica y justifique la separación del derecho de su contenido patrimonial. Por esto, prescindiendo de otras causas de extinción naturales (percecimiento de la cosa), voluntarias (consolidación, renuncia) o legales (no uso), cuando no haya sido establecido un término de duración (como es, por ejemplo, el de la mayor edad en el usufructo legal, o la caducidad libremente querida por el constituyente en el voluntario), la ley no consiente que dure

(1) Párrafo Inst. 2. 4. *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu plainet certis modis extinguí usum fructum et ad proprietatum reverti.*

más que la vida del hombre y de aquí su carácter de derecho temporal. Son, pues, causas o modos de extinción:

1) *La muerte del usufructuario* (art. 515) y cuando el usufructo se constituya en favor de varias personas conjuntamente con derecho de acrecer, la muerte del investido últimamente (art. 885). No se permite el usufructo sucesivo; es válido únicamente en favor del primer llamado (art. 901) y se extingue con su muerte. Cuando, por su naturaleza, el titular no esté sujeto a muerte, como ocurre con las personas jurídicas, el derecho positivo fija un término máximo de duración; el Derecho romano estableció el de cien años, considerando éste como el máximo límite de la vida humana (1), y nuestro Código en treinta años (art. 519).

2) *Transcurso del tiempo* por el que fué establecido (artículo 515) y que no puede ser superior a la vida del hombre o a los treinta años para las personas jurídicas, si el límite consiste en alcanzar cierta edad una tercera persona, subsiste aunque ésta muera antes de haberla alcanzado (art. 517).

3) *La consolidación*, al darse en una persona las cualidades de usufructuario y de propietario por haber adquirido éste el usufructo en virtud de un título cualquiera o el usufructuario la nuda propiedad (art. 515).

4) *La prescripción extintiva* cuando el usufructuario, por espacio de treinta años, no haya usado del usufructo (art. 515).

El total perecimiento de la cosa (art. 515), de modo que si una parte sólo perece, el usufructo subsiste sobre lo que se conserva (art. 519). Excepcionalmente, cuando objeto del usufructo es un edificio, rige la norma que éste subsiste sobre los materiales y sobre el área, el goce se convierte en derecho a percibir el inte-

(1) Gayo, fr. 8. D. 33. 2: *...nam si quis eos perpetuo tuctur, nulla utilitas erit medae proprietatis semper abscedente usu fructo, unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset*; ver fr. 56. D. 7. 1. Pero a lo que parece, esta determinación es debida al derecho justinianeo; Fadda, *Il limite de tempo all'usufrutto delle persone giuridiche* (*Atti di R. Acc. Sc. mor. e pol. di Napoli*, XXXIV, 1903, pág. 53 y siguientes); Di Marzo, *Sull'usufrutto delle persone giuridiche nel dir. rom. clasico* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XIV, pág. 122 y siguientes).

rés del valor de una y otros cuando el propietario a quien corresponda el dominio quiera utilizar el suelo o los materiales para construir un nuevo edificio (art. 520).

6) *El abuso* que el usufructuario haga de su derecho o enajenando los bienes, deteriorándolos o dejándolos perecer por falta de las reparaciones ordinarias (art. 516). El abuso no da derecho al propietario a obtener la declaración judicial de caducidad del usufructo; es facultativo en el Juez el declararla y se puede recurrir a otros remedios para asegurar los derechos del propietario como la condenación a prestar caución si hubiera habido dispensa, el nombramiento de un administrador, la entrega de los bienes al propietario con la obligación en éste de entregar al usufructuario una suma anual que represente el valor del goce, salvos los derechos de los acreedores del usufructuario a intervenir en el juicio en defensa de sus créditos (art. 516, párrafos 1.º y 2.º).

II. *Uso y habitación*.—La nota característica fundamental que distingue el uso del usufructo es la limitación del goce atribuido al titular; económicamente sirve para conferir a alguien un goce proporcionado a sus necesidades sin ser sustraídas al propietario las demás utilidades de la cosa. Es, pues, como aquél, un derecho real en la cosa ajena en virtud del cual el titular tiene facultad de usar de ella y de percibir sus frutos para subvenir a sus necesidades y a las de su familia (art. 521), puede recaer en inmuebles y en muebles (si bien el art. 521 no prevee más que la hipótesis de uso constituido sobre una fundo), pero cuando recae en una casa-habitación toma el nombre y adopta la figura especial de derecho de habitación y confiere al titular la facultad de habitar en ella con su familia (art. 552). Por familia se entiende, tanto en éste como en aquél, el grupo constituido por el titular, por el cónyuge, por los hijos legítimos o legitimados o naturales reconocidos y adoptivos, aunque hayan nacido después de constituirse los derechos de uso y habitación, y las personas que estén al servicio de éstas (artículos 523-524). Y por necesidades de ésta se entienden todas aquellas que el goce de la cosa puede satisfacer directamente; y mientras la extensión de la facultad de disfrute se ciñe a las necesidades variables y contin-

gentes del grupo, a las condiciones económicas y sociales del usuario, se excluye el derecho de apropiarse mayor cantidad de frutos para convertir el sobrante en otras utilidades aun cuando éstas tiendan a satisfacer otras necesidades de diversa naturaleza.

Con las oportunas limitaciones impuestas al más limitado contenido económico puede repetirse para el uso y la habitación cuanto se dijo del usufructo.

α) Se constituyen por hecho voluntario mediante el apropiado negocio jurídico y pueden adquirirse además por usucapión. Pero entre las causas de adquisición no figura la ley, pues por derecho el uso y la habitación no se atribuye a nadie.

β) El usuario, dentro de los límites indicados, tiene la facultad de gozar del fundo de la cosa, del objeto mueble. Y como el derecho es de naturaleza real, hace suyos directamente los frutos y tiene derecho además a la entrega de la cosa para gozarla con el propietario o exclusivamente si el contenido del goce absorbe todas las utilidades de aquélla. Siendo el goce estrictamente personal, se suprime toda disponibilidad, no puede el inmueble o el objeto arrendarse ni el ejercicio del derecho ser cedido a otras personas (art. 528).

γ) El usuario tiene también obligaciones como la de hacer el inventario y descripción del estado de los inmuebles y la de prestar caución, si bien de esta última, atendidas las circunstancias, puede ser dispensado por la autoridad judicial (art. 525). Durante el goce debe usar de la cosa como un buen padre de familia (art. 526). Y en cuanto a las cargas y gastos, está obligado a los gastos de cultivo, a las reparaciones ordinarias, al pago de las contribuciones en la misma medida que el usufructuario, si el uso comprende todos los frutos o da derecho a ocupar toda la casa. Contribuye en proporción a su goce si no percibe más que una parte de los frutos u ocupa una parte de la casa (artículo 527).

δ) Se extinguen, finalmente, el uso y la habitación en los mismos casos en que se extingue el usufructo (art. 529).

III. *Las servidumbres irregulares.*—Siguiendo la terminología tradicional, la doctrina llama servidumbres personales irregulares aquellas relaciones en virtud de las cuales un servicio

especial o una particular utilidad de un fundo (que suele formar el contenido de las servidumbres prediales) es atribuido con eficacia real a una determinada persona. Creen algunos que lo que constituye el contenido propio de las servidumbres prediales puede estructurarse en la forma de un derecho real de paso, de toma de agua, de caza sobre un fundo, a favor de determinada persona, creándose fuera de las tres figuras de usufructo, de uso y de habitación tantas servidumbres personales cuantas son las utilidades o servicios que un fundo puede ofrecer y que la libre voluntad del propietario puede elevar a contenido de una *iura in re*.

La cuestión es discutidísima en la doctrina civilística francesa e italiana y lo es también con relación al Derecho romano. Dejando éste aparte, la discusión en Derecho moderno gira en torno al alcance de los artículos 686 y 628 del Código francés, y 616 y 476 del nuestro.

Declara nuestro art. 616 que «los propietarios pueden establecer sobre sus fundos pasiva o activamente una servidumbre con tal que ésta sea impuesta a un fundo en ventaja de otro y no sea en algún modo contrario al orden público», y añade el correspondiente 686 del Código francés: «con tal que la servidumbre no se imponga a la persona ni en favor de la persona». Afirma el art. 628 del Código francés que los derechos de uso y habitación se hallan regulados por el título de constitución y son más o menos extensos según lo dispuesto en aquél; más brevemente dice nuestro art. 476, refiriéndose también al usufructo, que las tres figuras de derecho real de goce se hallan reguladas por el título de que derivan.

Ahora, no obstante las declaraciones de los artículos 686 y 618, se afirma por algunos (y tal opinión resulta especialmente difundida en la doctrina francesa) que nada impide el que se otorgue al derecho de uso un particular contenido distinto de normal, elevando a derecho real en favor de la persona una de las muchas utilidades de un fundo, y esto se deduce del artículo 628 del Código francés y de la autonomía de la voluntad de los particulares, la cual no resulta limitada por ninguna especial prohibición.

Contra tal doctrina están las razones de protección de la propiedad inmobiliaria y (al menos en nuestro Derecho) los precedentes del Código. Exigía la protección de la propiedad inmobiliaria cuyo libre y fácil comercio es condición esencial de la prosperidad económica que se sustrajese a la posibilidad de una serie infinita de sujeciones, de cargas, de servicios constituídos sin necesidad o inútilmente, al contrario de lo que ocurre en las servidumbres prediales, que se constituyen con cierta permanencia y respondiendo a una necesidad; que los inmuebles no resultasen vinculados a la prestación de un servicio de mero recreo; que sus utilidades económicas no se perdiesen fraccionándolas o distribuyéndolas entre numerosos titulares de los cuales cada uno hubiera podido adquirir con carácter real un derecho fraccionario de goce sin obtener una verdadera utilidad económica. Resulta terminante el testimonio de los trabajos preparatorios, porque mientras en los primeros proyectos se insertó un artículo en el que (por analogía con el Código albertino) se reconocía la facultad del propietario de atribuir a otros independientemente de la propiedad de un fundo tales derechos de goce, la comisión coordinadora acordó la supresión dejando la inserción para los derechos de obligación. Por tanto hay que concluir que fuera del usufructo del uso y de la habitación no son admisibles en nuestra ley otros derechos reales de goce que tengan por contenido particulares servicios de un fundo, que aquellos constituídos en las servidumbres verdaderas y propias a favor de otro fundo. Cualquiera otra utilidad atribuida a persona determinada sólo puede ser objeto de una relación obligatoria (1) (2).

(1) Ver Zachariae, *Ueber die sogen. irregularen Personalservilituten* (*Arch. f. c. Pr.* XXVII, 1844, pág. 1 y siguientes); Coviello, *Delle c. d. servitu irregolari nel dir. it.* (*Arch. giur.*, XLI, 1888, pág. 285 y siguientes); Bianchi Ferd., *Diritti di uso o servitu irregolari* (*Foro it.*, 1889, pág. 740 y siguientes); Tartufari, *Sulla giur. possibilità di costituire servitu personali contemplate dal. cód. vig.* (*Foro it.*, 1891, pág. 1.077 y siguientes); Venezian, *Usufrutto*, I, números 47-49, pág. 96 y siguientes, números 53-57, página 116 y siguientes); Serafini en *Arch. giur.*, XVIII, pág. 15 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 25 y siguientes.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Usufructo, uso y habitación.*—Idéntico carácter de usufructos limitados tienen el uso y la habitación en el Código

§ 60.—*Servidumbres*

Brugi, Inst. § 49; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 1.232; Chironi, Ist. I, §§ 172-197; Zachariae, Man. I, §§ 216-225; Aubry et Rau, Cours. III, §§ 247-255; Planiol, Traité, I, número 2.879 y siguientes; Windscheid, Pand. 1, 2, §§ 209-217 (1).

I. *Concepto y naturaleza.*—Cuando se separan de la servidumbre los derechos reales de goce en cosa ajena que suelen

civil español, siendo las disposiciones que constituyen el régimen del usufructo, supletorias de las normas por que se rigen los derechos de uso y habitación, según dispone el art. 528, con la salvedad de que no se opongan a su naturaleza.

El régimen de los tres derechos está comprendido en el t. VI del libro II de nuestro Código, y el mismo precepto general del art. 476 del Código italiano se desdobra en los artículos 470 y 523, que establecen el carácter de supletorias de las disposiciones legales, tan sólo aplicables cuando el título de constitución no determine las facultades y obligaciones del usufructuario, usuario o habitacionista. Pero tampoco en nuestro Derecho es omnimoda la libertad del constituyente, estando prohibidas la constitución a perpetuidad y la forma de asegurar el goce sucesivo por medio de sustituciones fideicomisarias.

I. *Usufructo.*—El art. 477 del Código civil italiano concuerda con el 467 del español, si bien está aquél más aferrado a la tradición romana, como se deduce de la no inclusión en su art. 477 de las últimas palabras del 467 del español, admitiendo la posibilidad de variar la forma y sus-

(1) Sobre la doctrina de las servidumbres prediales, consúltense para el derecho romano, Elvers, *Die römische servitutenlehre*, Marburg, 1856; Voigt, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten Während der Republik* (*Ber. der. Sachs. Ges. d. Wiss.*, 1874, pág. 165 y siguientes); Brugi, *Studi sulle dottrina rom. delle servitu prediali* (*Arch. giur.*, XXXII, 1884, pág. 187 y siguientes) y en Glück, *Pand. VIII*, Ap. páginas 16-55, etc.; Perozzi, *Sulla struttura delle servitu prediali in dir. rom.*, 1888; *Problemi di origini* (*St. p. Scialoja*, II, pág. 206; Lusignani, *Le origini delle servitu prediali in dir. rom.* (*St. e doc. di st. e dir.*, XIX, 1897) y para el derecho moderno Bianchi Ferd., *Trattato delle servitu legali nel dir. civil italiano*, Lanziano, 1888; Beuse, *Delle servitu prediali*, Siena, 1899; Germano, *Tratt. delle servitu*, 2.^a edi., Nápoles, 1901; B. Sacchi, *Tratt. teorico pratico delle servitu prediali*, Torino, 1902-1908; Ferrini, *Delle limitazioni della proprietà fondiaria e delle servitu prediali*, Napoli, 1903; Pacifici Mazzoni, *Tratt. delle servitu prediali*, Torino, 1913-1915; Kohler, *Beiträge zum Servitutenrecht* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXXVII, 1897, página 157 y siguientes).

designarse servidumbres personales en contraposición a las prediales, por servidumbre debe entenderse todo derecho real y particular de goce en virtud del cual un fundo (sirviente) se suje-

tancia de la cosa usufructuada cuando lo autoricen el título de su constitución o la ley. Por otra parte, el Código italiano es más detallista que el español al señalar en su definición la forma en que el usufructuario ha de disfrutar la cosa objeto del derecho «del modo que gozaría el propietario», imponiendo en cambio el art. 497 del Código español al titular de este derecho la obligación de cuidar de la cosa como un buen padre de familia.

A ambas definiciones les falta dar las características de derecho real y de temporalidad, por las que el usufructo se diferencia del arrendamiento y de la enfiteusis.

a) *Constitución.*—Concordando el art. 468 del Código civil español, con el 478 del italiano, sólo hay que añadir que se conocen en nuestra legislación tres casos de usufructo legal, a saber: el concedido a los padres sobre los bienes de los hijos que estén bajo su potestad (art. 160 del Código civil español, concordante con el 228 del Código civil italiano), el de cónyuge viudo en bienes del premuerto en las sucesiones legítima y testamentaria (artículos 834 y siguientes del Código civil español, concordante con los 812 y siguientes del italiano), y el que se concede al marido, y mejor a la sociedad conyugal, sobre la dote inestimada de la mujer (art. 1.357 del Código civil español). El acto voluntario constitutivo del título del usufructo no ofrece particularidad, pudiendo ser *inter vivos* y *mortis causa*, precisando su inscripción para perjudicar a tercero (art. 2.º de la ley Hipotecaria, núm. 2.º) y en cuanto a la prescripción, sólo varían los plazos, que son de tres a seis años, si los bienes son muebles, y de diez, veinte o treinta si son inmuebles (artículos 1.955, 1.957 y 1.959 del Código civil español).

b) *Objeto.*—Únicamente están excluidos de la posibilidad de ser materia del usufructo los derechos personalísimos e intransmisibles, como dice el art. 469 del Código civil español, de mayor amplitud y más explícito que el 478 del italiano. La circunstancia de no ser necesaria la aptitud de la cosa—objeto de este derecho—para un uso repetido se señala ya en la definición del art. 467, reiterándose en el 482, que coincide en absoluto con el 483 del Código civil italiano.

El problema del usufructo sobre derechos—cuasi usufructo—, tiene una solución afirmativa en nuestro Código civil, como más arriba indicamos, dándose en el 475 la misma solución al problema que se plantea en el 482 del italiano sobre el usufructo que recae en una renta y no cabiendo el usufructo impropio, sino el propio sobre las cosas que se deterioran poco a poco por el uso en lo que coinciden los artículos 484 y 81 de los Códigos italiano y español respectivamente.

Derechos del usufructuario.—Pueden agruparse en la forma que lo hace el autor: de posesión de goce y de disposición. Los primeros derivan de la naturaleza del derecho, no encontrándose disposición expresa en nuestro Código respecto de este extremo. El derecho a usar de la cosa, sus pertenencias, accesiones, servidumbres y frutos lo establecen los artículos 471 y 479 con carácter general, coincidiendo con los 476, 479 y 494 del Código civil italiano. La adquisición del derecho a los frutos, tiene lugar al comenzar el usufructo respecto de los naturales e industriales pendientes, siendo del propietario los que penden al extinguir-

ta a otro (dominante) perteneciente a propietario diverso por un servicio o una utilidad que el primero presta al segundo. El Código la define «la carga impuesta sobre un fundo para el uso o

se el usufructo; no habiendo derecho por parte del nudo propietario a reclamar indemnización por gastos de cultivo, teniéndolo en cambio el usufructuario con cargo a los frutos pendientes al extinguirse (art. 472 del Código civil español). Esta solución difiere de la que da el 480 del Código italiano, en el que se establece la compensación de gastos.

Como casos especiales de usufructo, que dan lugar a derechos también especiales, existen en el Código civil italiano el de *bosques* (artículos 485 a 489), cuyas normas concuerdan con las contenidas en el 485 del español; el de predios en que existen *minas* (art. 494 del Código civil italiano), cuya solución difiere de la del Código civil español, artículos 476, 477 y 478, que sólo reconocen derecho a extraer cal, piedras y yeso, a no ser que en el título de constitución se autorice para la explotación de las minas o el usufructo sea título universal, salvo en el caso en que el usufructo sea legal en el que tiene derecho a la mitad de los productos, previa deducción de la mitad de los gastos; el de ganados (artículos 512, 513 y 514) que nuestro Código sólo refiere en el artículo 499 al de un rebaño o piara con igual contenido al del 513 del italiano. También nuestro Código se ocupa de los derechos especiales del usufructuario en el caso de usufructo de viñas, olivares u otros árboles o arbustos, en el de una acción para reclamar un predio o derecho real o un bien mueble y el de usufructo en cosa poseída en común (artículos 483, 484, 486 y 490, respectivamente).

Coinciden los Códigos italiano (art. 494, párr. 2.º) y español (artículo 471) en negar derecho al usufructuario a los tesoros que se encuentren en la finca, a no ser que sea descubridor.

Los frutos civiles los adquiere el usufructuario, día por día (art. 481 del Código civil italiano y 474 del español), siendo análoga la doctrina en sus consecuencias (art. 482 del Código civil italiano, concordante con los 473 y 475 del Código civil español).

Tiene derecho el usufructuario a rechazar los actos del nudo propietario que impidan el ejercicio de sus facultades (art. 489 del Código civil español), pero no indemnización por mejoras, salvo el derecho de retirarlas y de compensar mejoras por desperfectos (artículos 487 y 488 del Código civil español, concordantes con el 495 del italiano).

Derecho de disposición.—Concuerda el art. 492 del Código civil italiano, que otorga este derecho al usufructuario con el 480 de nuestro Código, difiriendo la solución que da a la situación de los arrendatarios al extinguirse el usufructo, pues nuestro Código sólo autoriza la subsistencia del arrendamiento de predios rústicos por el año agrícola.

Obligaciones del usufructuario.—*Al comenzar el usufructo.*—Tiene la obligación de hacer inventario y de prestar fianza (art. 491 del Código civil español, concordante con los 496 y 497 del Código civil italiano), pudiendo ser dispensado de la obligación de inventariar (art. 493 del Código civil español) y no está obligado a afianzar en los casos del art. 492 del Código civil español, concordante con el 497, párr. 1.º del italiano.

La falta de constitución de fianza no priva del disfrute al usufructuario, sino que implica una modalidad en la forma de llevarlo a cabo (artículo 494 del Código civil español, que coincide con los 498 y 499 del

utilidad de otro perteneciente a distinto propietario» (art. 531), acentuando, quizá demasiado, la limitación que al fundo gravado aporta la servidumbre y olvidando el aspecto opuesto del fenó-

italiano) con la especialidad que deriva del art. 495 de nuestro Código. Una vez prestada la fianza, se retrotraen los efectos al día en que debió comenzar el usufructo con arreglo al título de constitución (art. 496 del Código civil español).

Obligaciones durante el usufructo. - Las de carácter general están reguladas en los artículos 497 del Código italiano y 497 también del español, regulando las especiales relaciones entre usufructuario y propietario en cuanto a reparaciones, contribuciones y pago de cargas en la forma siguiente: son de cargo del usufructuario las reparaciones ordinarias, pudiendo llevarlas a cabo el propietario, previo requerimiento, a costa de aquél (artículos 500 del Código civil español y 504 del italiano). Sobre contribuciones que gravan los frutos concuerda el art. 504 del Código civil español con el 506 del italiano. Son de cuenta del propietario las reparaciones extraordinarias, pudiendo reclamar el interés legal, mientras dure el usufructo, pero si fueran realizadas por el usufructuario podrá reclamar su importe del propietario o retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos (art. 502 del Código civil español, que concuerda con el de igual número del italiano, discrepando sólo en lo referente a la facultad de retención). También debe pagar las contribuciones sobre el capital, pudiendo reclamar intereses (art. 505 del Código civil español, que corresponde al 507 del italiano).

Está obligado también el usufructuario a notificar al propietario cualquier acto de tercero que tienda a lesionar sus derechos (art. 511 de los Códigos italiano y español y a satisfacer los gastos de litigios referentes al usufructo (art. 512 del Código civil español, que concuerda en parte con el 510 del italiano que determina se abonen por mitad los gastos de pleitos referentes a la nuda propiedad).

Con carácter especial se regulan las obligaciones del usufructuario en el usufructo sobre la totalidad del patrimonio (art. 506 del Código civil español) sobre la totalidad o parte alícuota de una herencia (artículos 508 y 510 de nuestro Código civil, concordante con el 509 del italiano) el que tiene por objeto una finca hipotecada—usufructo singular—(art. 509 del Código civil español, que concuerda con el 508 del italiano).

Obligaciones a la terminación del usufructo.—Consisten en restituir la cosa o abonar su importe en el cuasi usufructo.

Extinción del usufructo.—Los artículos 513 del Código civil español y 515 del italiano enumeran las causas de extinción del usufructo. Las del Código español las expone el Sr. Clemente de Diego en este orden:

1.º *Con relación al sujeto.*—Muerte del usufructuario (núm. 1.º del artículo 513 del Código civil español y 515 del italiano), dándose el derecho de acrecer entre las personas llamadas conjuntamente al usufructo (art. 987 del Código civil español, concordante con el 885 del italiano) y siendo válidas las sustituciones fideicomisarias hasta el límite del artículo 781; el concordante del Código italiano (art. 901) las limita al primer llamado. Si los llamados fuesen varios y viviesen al tiempo de constituirse el usufructo, no se extinguirá hasta la muerte del último (artículo 521 del Código civil español).

Cuando el usufructo se constituye en favor de entidades de duración

meno, o sea el incremento que el fundo dominante recibe de aquel servicio. El concepto de limitación no agota todo el contenido económico y jurídico de la servidumbre ni debe conside-

perpetua o indefinida nuestro Código en el art. 515 señala idéntico término de duración treinta años al que establece el 519 del italiano.

Por renuncia (núm. 4.º del art. 513 del Código civil español). El Código italiano no la considera; puede realizarse por título gratuito u oneroso; pudiendo impugnarse la renuncia cuando se haga en fraude de acreedores (art. 1.111 del Código civil español).

Por prescripción (núm. 7.º del art. 513 del Código civil español, que concuerda con el 515 del italiano).

2.º *Con relación al objeto.* - Es causa única de extinción por este motivo la pérdida total de la cosa usufructuada (núm. 5.º del art. 513 y artículo 515 del italiano); la pérdida parcial no extingue más que parcialmente el usufructo (art. 514 del Código civil español, que concuerda con el 519 del italiano).

Sobre extinción por destrucción de edificios ver artículos 517 del Código civil español y 520 del italiano, y sobre cosas aseguradas o expropiadas casos no resueltos en el Código italiano—ver artículos 518 y 519 del español.

3.º *Referentes a la relación jurídica misma.* - Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (núm. 3.º del art. 513 del Código civil español y 515 del italiano).

4.º *Con relación al título de constitución.*—Resolución del derecho del constituyente (núm. 6.º del art. 513 del Código civil español) y por el cumplimiento del plazo o condición resolutoria (núm. 2.º del art. 513 del español y art. 515 del italiano, que sólo se refiere al plazo y no a la condición). Ya hemos indicado el tiempo máximo por que puede constituirse el usufructo a favor de personas jurídicas, regulándose en el art. 516 del Código civil español el usufructo constituido hasta el tiempo en que cumpla un tercero una determinada edad, resuelto en igual forma en el artículo 517 del Código civil italiano.

El abuso del derecho por el usufructuario no es causa en nuestro Código de la extinción del usufructo a diferencia de lo que ocurre en el italiano por disposición de su art. 516, apartados 1.º y 2.º; por virtud de lo dispuesto en el 120 del español procede sólo tomar las medidas que sean necesarias para que el propietario no resulte perjudicado.

II. *Uso y habitación.* Concuerdan los conceptos que de uso y habitación dan los dos Códigos. Ver artículos 521 y 52 del italiano y 524 del español, a diferencia de lo que en el italiano—art. 523—sucede, no da nuestro Código el alcance categórico del concepto de familia, pero los tratadistas (véase Manresa, obra y tomo citados, pág. 543) le dan la misma extensión. Ya hemos dicho que las disposiciones referentes al usufructo son supletorias según el art. 528 de las que regulan estos derechos de uso y habitación. Sustancialmente concuerda el régimen que a estos derechos dan los Códigos civiles español e italiano. En uno y otro tienen la facultad de poseer y de gozar en la medida que en estos derechos es posible, pero no la de disponer (art. 525 del Código civil español, que concuerda con el 528 del italiano). Nuestro Código expresa el alcance de la facultad de gozar en el caso especial de derecho de uso sobre un rebaño o piara, art. 526, que el italiano omite.

Las obligaciones genéricas son iguales a las del usufructuario, pero respecto a gastos de cultivo, reparaciones ordinarias y pago de contribu-

rarse como el momento principal de la misma, sino como la necesaria consecuencia del poder conferido a alguien en el fundo ajeno. La servidumbre—incluso cuando tiene por causa la ley y parece aproximarse más a las limitaciones legales de la propiedad, sobre todo a las que constituyen el llamado derecho de vecindad—se distingue de éstas y se configura económica y jurídicamente como una cualidad de los fundos ventajosa para el que utiliza el servicio, desfavorable para el que lo presta y en las limitaciones legales falta, a más de la dependencia o sujeción de un fundo a otro, la constitución de un derecho real a favor del propietario del fundo dominante. El incremento o ventaja y la restricción son momentos relativos: ésta, consecuencia de aquél; no otra cosa expresa el pasaje del fragmento 9, § 5, Digesto 39. 1: *Cum cuis postea cuan ius suum deminuit, alterius auxit hoe est postea quan servitutem aedibus suis imposuit*, invocado por algunos para robustecer la doctrina (más arriba rechazada) según la que las servidumbres constituyen fraccionamientos de la propiedad.

Reposan éstas en una relación objetiva de los predios entre sí, que cuando se eleva (por la ley o por la voluntad de los particulares) a relación jurídica, se convierte en derecho real, y de ello se deriva que aquella cualidad ventajosa o desventajosa vaya adherida al fundo y se transmita con él, siendo independiente en su existencia de la persona del propietario. Pero fué una exageración la de aquellos que para hacer resaltar esta independencia elevaron la relación objetiva a relación autónoma, y personificando los fundos quisieron ver en el dominante el sujeto ficticio del servicio, el titular de derecho. Contra la concepción inútil

ciones se rigen por el art. 527 que estatuye para el caso de total consumo de productos u ocupación de toda la habitación la obligación de satisfacerlos íntegramente el usufructuario o habitacionista y caso de consumo u ocupación parcial también en cuanto no basten las utilidades que resulten a favor del propietario para cubrir esas atenciones (este artículo concuerda con el 527 del Código italiano).

Las causas de extinción de estos derechos son las mismas que las del usufructo, añadiendo el art. 529 del Código civil español «el abuso grave de la cosa o de la habitación». Esta adición es innecesaria en el Código italiano (art. 529) por cuanto el abuso del derecho en la cosa usufructuada es causa de extinción del usufructo y su régimen es supletorio del de los derechos que ahora nos ocupan.

y artificiosa de la personificación está el hecho que de la utilidad ofrecida por el fundo sirviente se beneficie el titular del dominante del mismo modo que la carga que grava el fundo sirviente no puede ser concebida sino como una restricción de los poderes del propietario (1).

Tampoco esta relación debe creerse una subordinación de los predios entre sí que salga del campo patrimonial y establezca preeminencias que alteren la condición intrínseca de los fundos. Ya el Código francés, para alejar toda posibilidad de reaparición de los vínculos feudales, declaró en el art. 638 que la servidumbre no crea preeminencia alguna de un fundo sobre otro; en nuestro Código no se sintió la necesidad de una tal declaración que oportunamente la omitió porque ni siquiera la sospecha de un resurgir de la desigualdad entre las propiedades fundiarias se imaginaba.

Cuales sean las utilidades o servicios que pueden ser contenido de una servidumbre, depende del modo con que en cada Derecho positivo es concebida la propiedad y las ventajas derivadas de la sujeción de un fundo a otro armonizadas con la libertad de la propiedad inmobiliaria; depende también del modo como la ley regule las relaciones de vecindad y consiguientemente de la esfera más o menos amplia de libertad que deje a la autonomía privada para ser objeto de regulación convencional. Si no son en tal respecto antitéticos el Derecho romano y el moderno, especialmente el nuestro, al menos siguen direcciones distintas.

Partieron los jurisconsultos romanos de la idea de que las servidumbres, implicando una restricción a los normales y absolutos poderes del dominio, debieran contenerse en los límites en que las necesidades de disfrute de un fundo justificasen e impusiesen una aminoración de aquel señorío; mucho más útil era la libertad universal de los fundos que los singulares y particulares servicios de que pudieran recíprocamente beneficiar. Lo mismo que en los hombres, así también en los fundos debía protegerse

(1) Ver en tal sentido Bianchi, *Tratt. d. servitu*, pág. 167 y siguientes; Zachariae-Crome, *Man. I*, § 216, pág. 617.

la libertad, que es más simpática que la sujeción, y así, donde no hay una necesidad efectiva que satisfacer, cesa, no sólo la limitación legal de la propiedad, sino hasta la facultad de los propietarios de imponerla en el propio fundo. Primero circunscritas a pocas y esencialísimas necesidades como la de transitar, la de conducir aguas (piénsese en las antiguas, y originariamente únicas, servidumbres rústicas de *via, iter, actus y aqueductus*) fueron ensanchando en número hasta comprender una numerosa serie de necesidades de los campos y de las casas. Pero incluso en el momento de su más amplio desarrollo, las servidumbres reconocidas fueron siempre tipos determinados y fijos correspondientes a aquellas necesidades en que el derecho veía una justificación de las restricciones de la libertad natural de los fundos, de modo que fuera de las categorías admitidas por la ley no era lícito a los particulares introducir otras que reportasen a un fundo una cualquiera utilidad (1).

Nuestro derecho civil parte de la idea opuesta: a saber que toda utilidad, y no sólo de índole económica, sino también la mera amenidad o belleza de un terreno o edificio (2), puede ser contenido de una servidumbre.

No se encuentran en él tipos fijos y preestablecidos y por ello es más amplia la esfera de autonomía de los particulares que pueden establecer sobre sus fundos o a favor de ellos alguna servidumbre, con la única limitación de que se imponga en un fundo y en ventaja de otro y no sea en algún modo contraria al orden público (art. 616). No sólo en cuanto al objeto, sino también en cuanto al ejercicio y extensión del derecho conferido al titular, es siempre decisivo el título, o sea la voluntad de los

(1) Esto explica por qué el derecho romano no conoce «una idea abstracta de servidumbre que pueda recoger un contenido vario según la voluntad de las partes»; ver Ferrini, Pand., § 375, pág. 484.

(2) Bien entendido, con tal que no se trate de un servicio de mero recreo, que por su naturaleza, por su carácter transeunte y pasajero, por la atribución que de ella se haga por el constituyente a favor de una determinada persona no representa un aumento de utilidades en el fundo dominante; tales prestaciones pueden a lo sumo (como ya indicamos) ofrecer contenido a una relación obligatoria, no a un derecho real de servidumbre.

particulares, así que las normas contenidas en la ley (art. 617) tienen función meramente supletoria. A las necesidades de los fundos provee la ley en gran parte imponiendo limitaciones o creando verdaderas servidumbres legales que, con las primeras, completan la compleja regulación legal de las relaciones de vecindad y satisfacen esenciales exigencias. Quizá también, como observa algún autor (1), el criterio legislativo sobrepasa lo necesario y el campo dejado a la autonomía privada se refiere únicamente a las utilidades que los fundos pueden proporcionarse: utilidades consistentes en obtener ventajas de servicios no previstos por el legislador como necesidades absolutas o en derogación de algunas de las normas que regulan la relación de vecindad, que restringe el poder de goce de un fundo. Sin embargo, como no todas las necesidades se satisfacen de este modo y el cambio en el sistema de disfrute de un fundo puede hacer surgir nuevas necesidades, no debe considerarse el campo que la ley deja libre a la autonomía de los particulares circunscrito a las solas utilidades; es amplísimo y abraza toda posible ventaja, ya estribe éste en necesidades o en utilidades.

De esto resulta que una enumeración de las servidumbres en particular, como era posible en el Derecho romano, no podría nunca hacerse en el nuestro, el cual ni conoce categorías cerradas ni prohíbe a los propietarios introducir modificaciones más o menos profundas en aquellos que sin ser tipos fijos y preestablecidos constituyen los tipos normales, según la práctica y la tradición. A este concepto responde el hecho de que el Código—excepción hecha de las servidumbres relativas a las aguas, de las cuales, dada la gran importancia que tienen para la agricultura, la industria y la higiene, se ocupa de modo más particular, dictando una completa disciplina en los artículos 619, 628, 637, 638, 648 y 661—deja la singular regulación de cada servidumbre al título que en su sistema representa lo primero y fundamental. Pero la tradición y el laborioso desenvolvimiento que tuvo cada

(1) Así Brugi, *Il requisito della utilità nelle servitù prediali* (Arch. giur., XXXIII, 1884, pág. 237 y siguientes) y Glück, *Comm. alle Pand.* VIII, ap., página 80; ver además del mismo autor, *Ist. d. dir. civ.*, § 45, págs. 370-371 y Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2. pág. 28, n. f.

especial figura de servidumbre en las obras de los clásicos y en la doctrina romanística, consienten al civilista aprovechar—para una agrupación sistemática—las categorías y clasificaciones romanas correspondientes a las servidumbres más usuales del Derecho moderno.

Ha decaído en importancia la fundamental distinción en rústicas y urbanas (1), cuyo criterio lo daba la naturaleza rústica o urbana del fundo dominante (2). Prescindiendo de ésta pueden servir para un cuadro general los *iura itinerum, aquarum, parietum, luminum, stillicidiorum*, que comprenden, sin agotarlas, las principales servidumbres. Designadas aún hoy en gran parte con el nombre tradicional romano—que indica el servicio especial que un fundo presta a otro—, las más notables servidumbres actuales son aún las que la jurisprudencia romana elaboró, y como tipos normales (no fijos) reproducen sustancialmente su contenido. Son las necesidades del tránsito, de las aguas, de la luz, de las vistas, de los apoyos de edificios, etc., las que hicieron surgir antiguamente y justifican aún hoy la existencia de ciertas figuras más usuales y difundidas, entre las que figuran las servidumbres de paso a través del fundo ajeno, de acueducto para la derivación de las aguas de fuente o manantial ajenos o su conducción a través del fundo ajeno, de *desagüe* que autoriza al propietario a verter el agua sobrante, de *aquae haustus* para sacar agua de la fuente ajena, la *s. pecoris ad aquam adpulsus* de llevar el ganado a la fuente ajena para abrevarlo; la *s. cloacae*, que contiene la facultad de verter las aguas sucias e inútiles de un edificio en el canal ajeno o de hacer pasar por fundo ajeno la cloaca propia; la *s. stillicidi*, derecho a verter en fundo ajeno las aguas pluviales gota a gota; *stillicidium* o en canal *flumen*; la *s. oneris feren-*

(1) Ver Dig. 8. 2. de *servit. praed. urb.*; 8. 3. de *servit. praed. rust.* 8. 4. *comm. praed. tam. urb. quam rust.* y para la distribución de las diferentes especies dentro de las dos categorías fr. 2. 4. D. 8. 2; fr. 1. 2. D. 8. 3.

(2) Discutido es entre los romanistas este punto del criterio distintivo que, según algunos debiera buscarse en el carácter abstracto y específico de las servidumbres independientemente de hallarse éstas constituidas en servicio de un edificio o de una tierra de labor; según otros en la condición del fundo sirviente (ver Arnó, *Sulle distinzioni delle servitù rustiche e urbane*, Torino, 1895).

di, que faculta para apoyar el edificio propio en el ajeno; a *s. tigni immittendi*, que autoriza a introducir vigas en la pared vecina; *s. proiiciendi*, la facultad de construir balcones u otros voladizos sobre la propiedad del vecino, y la *s. protegendi*, para sacar el alero del tejado, las varias servidumbres de luces y vistas, como la *s. ne luminibus officiatur*, que tiende a impedir las obras del vecino que privarían de luz al edificio propio, y la *s. ne prospectui officiatur*, por la que se prohíben las obras que quitarían vista; la *s. luminum*, consistente en el derecho de abrir ventanas en la pared común o ajena o en la propia sin observar las distancias legales; las servidumbres que limitan la facultad de edificar (*s. non aedificandi*) o de elevar un edificio a más de una cierta altura, *s. altius non tollendi*; finalmente, toda una serie de servidumbres que, como la *s. pascendi*, *calcis coquendae*, *arenae fodiendae*, *cretae eximendae*, *silvae cedendae*, dan derecho a realizar en el fundo ajeno obras que satisfagan las necesidades de otro, extraer minerales, leña, hierba, etc.

II. *Reglas generales*.—Abstracción hecha del contenido propio de cada especial servidumbre y de la disciplina particular que para las legales contiene la ley misma y para las voluntarias el título, todas las servidumbres están regidas por algunas reglas fundamentales, de las cuales algunas derivan de la naturaleza misma de estos derechos; otras, como el principio *nemini res sua servit*, de su carácter común a todos los *in a in re aliena* si bien se hayan enumerado más especialmente para las servidumbres. Derivados en gran parte de las doctrinas romanísticas, aunque hayan sufrido en nuestro derecho templanzas y modificaciones, estos principios se refieren a los requisitos de existencia de toda servidumbre, y pueden resumirse en los siguientes:

a) *Servitus in faciendo consisteres nequit*.—Contenido de la servidumbre no puede ser un *facere*, es decir, una prestación personal del propietario del fundo sirviente. Como a su tiempo observamos, uno de los criterios que sirven de base a la distinción entre derechos reales y de crédito, consiste en que el *facere* es el objeto propio de las obligaciones, no de los derechos reales, los cuales para que existan no necesitan una actuación de

determinada persona, sino que implican en todos un deber negativo solamente. Este deber, que en las servidumbres incumbe al propietario del fundo sirviente, se manifiesta con respecto a él en un *pati* cuando la servidumbre confiere al titular el derecho de ejercer algunas facultades en el fundo sujeto a servidumbre, de servirse de él, usarlo en ventaja del dominante, o en un *non facere* cuando la servidumbre consiste en el derecho de impedir determinados actos que sin la existencia de la servidumbre el propietario del fundo sirviente podría libremente realizar; la relación se desnaturalizaría si consistiere en un *facere* por parte del propietario del sirviente.

Tal principio era para los romanos tan absoluto y universal (1), que cuando se creó una excepción singularísima surgieron graves discusiones entre los jurisconsultos clásicos. Y la excepción se dió en la *servitus oneris ferendi*, en la cual el propietario del fundo sirviente no le incumbía solamente el deber de sufrir en la columna o pared propias el peso del edificio ajeno, sino que estaba obligado, además, a restaurar una u otra, salva la facultad de librarse con el abandono (2). Los esfuerzos hechos por los clásicos para justificar una tan seria excepción al principio y superar las dificultades merced a una racional explicación (hallada por Labeón en aquello de que *non homo sed res han servitutun debet*), se han renovado más tarde entre los romanistas, de los cuales el que más felizmente explicó la anomalía fué Scialoja; ella responde, según hace notar, a un principio de justicia, porque si se hubiera impuesto al propietario del fundo dominante el deber de la reparación, el propietario de la pared o de la columna se hubiera enriquecido indebidamente (3). Como quiera que sea, hay que observar que aun en este caso excepcional la obligación de un *facere* no se configura como objeto

(1) Ver Pomponio, fr. 15, § 1. D. 8. 1.

(2) Ulpiano, fr. 6. § 2. D. 8. 5; ver también fr. 8. § 2. D. y 33. D. 8. 2.

(3) Scialoja, *Sulla servitus oneris ferendi* (*Arc. giur.*, XXVII, 1881, página 145 y siguientes); *La propriété* (Lez. 1900-1901, pág. 49 y siguientes); ver también Burzio, *La servitus oneris ferendi e il principio servitus in faciendo consistere nequit* (*Arch. giur.*, LVI, 1895, pág. 315 y siguientes, página 526 y siguientes); Windscheid, Pand. 1. 2. § 211 a núm. 3.

único o principal de la servidumbre, es secundario con relación a la obligación de un *pati*, o sea de sufrir el peso del edificio ajeno, y no va más allá de los gastos de reparación.

Ahora bien; el principio romano, en forma menos absoluta ha pasado al Derecho moderno. Esto es negado por algunos escritores (1), que afirman que no repugna a nuestro Derecho una servidumbre que tuviese por contenido un *facere*, como se dan; por lo demás, en ciertos derechos reales que tienen por contenido prestaciones personales que son debidas por el propietario del fundo o por quien se halla con la cosa en una determinada relación (cargas reales, *Obligaciones propter rem*). Pero prescindiendo de estas figuras mixtas en que el elemento real se une con el obligatorio y que precisamente por su incerteza no pueden ofrecer argumentos decisivos, más fundada debe considerarse la doctrina universal que reconoce vigente el principio, aunque sensiblemente atenuado. Puede, en efecto, la obligación de un *facere* imponerse al propietario del fundo sirviente cuando el título—derogando la norma general que pone a cargo del titular de la servidumbre las obras necesarias para usar de ella y conservarla (art. 640)—expresamente establezca que tales obras deben ser costeadas por el primero (art. 641, párrafo 1.º). Es más: en algunos casos, cuando se trate de concesiones de agua, la carga es por la ley misma impuesta al propietario del fundo sirviente (art. 649). Pero estos son casos que deben ser considerados como derogación del principio que entra de nuevo en vigor, fuera de los mismos y prohíbe que el propietario del fundo sirviente pueda ser obligado a algo distinto de un *pati* o un *non facere*. Además, cuando el *facere* es consentido, no constituye nunca el objeto único o principal de la servidumbre; trátase de obligaciones accesorias que no agotan todo el contenido de la servidumbre, sino que tienden a hacer posible su uso o ejercicio, o cuyo carácter es mixto porque la relación, si bien es obligatoria por su objeto, tiene naturaleza real por la posibilidad

(1) Por ejemplo, ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. 1. 27 página 581 y siguientes; Bensa, *Delle servitu prediali*, pág. 43 y siguientes.

de dirigir la acción contra un poseedor cualquiera del fundo sirviente (1).

b) *Nemini res sua servit.*—El que una servidumbre no pueda existir si los dos inmuebles pertenecen a la misma persona, deriva de su naturaleza de *ius in re aliena*; de las ventajas que un fundo pueda proporcionar a otro, el propietario se sirve en virtud de su derecho de dominio. Esto es lo que quiere significar la regla textualmente formulada en un pasaje de las fuentes romanas y (2) que no es exclusiva de las servidumbres. También del usufructo, del uso, de la habitación, de la prenda, de la hipoteca o de superficie puede decirse que no pueden constituirse en cosa propia y en provecho propio; y si en la doctrina medioeval pudo surgir la extraña figura de un usufructo en cosa propia que en contraposición al normal (*ususfructus formalis*) fué llamado *ususfructus causalis*, fué consecuencia de aquella concepción que, considerando en el dominio una suma de facultades, hacía posible imaginar abstractamente destacada una de ellas aun cuando todas pertenecieran a la misma persona. Con esta regla se enlazan, por una parte, el especial modo de extinción de las servidumbres, que consiste en la confusión cuando en una sola persona se reuna la propiedad de los dos fundos (art. 664); por otra, uno de los modos de constitución, la destinación del padre de familia (artículos 632 y 633). Tiene, por tanto, la regla función negativa en el sentido que el fundo sirviente no debe pertenecer al mismo titular de la servidumbre; no es preciso, por tanto, que pertenezca a otro, lo cual hace posible la existencia de una servidumbre sobre el fundo *nullius* (3). Pero se deduce

(1) Ver Venzi en Pacifici, Ist. III, 2. pág. 16 y siguientes; Brugi en Glück, Pand. VIII, pág. 169; Simoncelli en Rend Ist. Lomb., § II, volumen XXXV, pág. 149 y siguientes.

(2) Fr. 26. D. 8. 2. *nulli enim res sua servit*; ver también fr. 5. pr. D., 7. 6. (*nec enim potest ei sibi fundus servire*) fr. 33. § 1. D. 8. 3. (*nullum praedium ipsum sibi servire... potest*), fr. 10. D. 8. 4. *nemo ipse sibi servitutum debet*.

(3) Con tal que se haya adquirido cuando el fundo sirviente haya estado primero en propiedad de alguien y luego se haya convertido en *nullius*. Tal cuestión, por lo demás, tiene importancia muy limitada en nuestro derecho, dado el ordenamiento de la propiedad fundiaria y el raro

de esto también que pueden constituirse servidumbres entre dos fundos, uno de los cuales pertenezca a varios condueños y el otro sea de la exclusiva propiedad de uno de ellos, porque el fundo de propiedad exclusiva puede ofrecer ventajas a los condueños del otro o al fundo de la exclusiva propiedad pueden resultar de la servidumbre ventajas que del mero condominio no derivarían (1).

c) *Inalienabilidad de la servidumbre.*—Tendiendo toda la servidumbre a satisfacer necesidades de un determinado fundo, su existencia está condicionada a la existencia de esta necesidad. Consecuencia lógica de esto es que la servidumbre, no siendo concebible independientemente del fundo a que beneficia, no es alienable separadamente de éste. Por esto, la ventaja que el fundo ofrece no podría ser atribuída por el propietario del dominante activamente a otro fundo aunque fuera del mismo propietario; se desnaturalizaría el contenido, porque así como el uso y la habitación se dan por razón de las necesidades y condiciones personales del *usuario* y del *habitor*, así cada una de las servidumbres prediales reciben el sello y las características individuales del fundo a que benefician, y cuando incluso por la identidad de necesidades de otro fundo el contenido del servicio no sufriese en su naturaleza ni en su extensión cambio alguno, se daría siempre una modificación substancial, porque el servicio caracterizado por la precisa relación entre dos fundos determinados no sería ya el mismo cuando la relación se diese entre dos fundos distintos. Añádase que siendo la servidumbre una carga y una restricción en los poderes del dueño, la condición del fundo sirviente se agravaría transfiriéndose el servicio en favor de otro fundo, porque tal transferencia debe hacer presumir cesada la necesidad del primitivo fundo dominante y esta cesación es causa por sí misma de la extinción de la servidum-

caso de un inmueble *nullius*; ver Fadda, *Le servitu prediale sopra o a favore di fondi nullius* (*Studi per Serafini*, pág. 65 y siguientes y Filang., XXI 1896, pág. 801 y siguientes); Brugi en Glück, Pand. VIII, pág. 161 y siguientes.

(1) Sobre la regla en general véase De Ruggiero, *Nemini res sua servit* (*Diz. prat. dir. priv.*) Venzi en Pacifici, Ist. III, 2. pág. 15 y siguientes.

bre. Inseparable como cualidad inherente no puede ser enajenada sino con el fundo dominante; todo otro traslado o toda otra cesión no puede concebirse sino como constitución de una nueva servidumbre y exige el consentimiento del propietario del fundo sirviente (1).

d) *Servitus servitutis esse non potest.*—Discutísimo es el valor y alcance de esta máxima, que enunciada en un texto romano (2), ha pasado a la doctrina civilista y romanista y ha fatigado a los juristas que se han afanado en hallarle una explicación satisfactoria. Debe ser rechazada luego de los trabajos de Perozzi y de Scialoja, los cuales han demostrado que la dicción *servitus servitutis* del fragmento I. D. 32. 2. es debida a un error de escritura y debe corregirse substituyéndola por la de *fructus servitutis*, como se lee en el fragmento 33, § 1, D. 8. 3 (3). Así modificada, quiere significar que la ventaja obtenida con la servidumbre no puede ser cedida en beneficio de otros fundos, no puede ser permitida la concesión del uso de la misma en favor de terceros extraños.

Pero, ¿subsiste aún en el Derecho moderno? Y si subsiste, ¿cuál es su contenido preciso?

La afirmación general es que con ella se expresa la idea de que el contenido de una servidumbre no puede servir de base a la constitución de una nueva servidumbre. Así, por ejemplo, no puede aquel a quien corresponde el derecho de acueducto ceder sobre el mismo a un tercero el *haustus*, porque la segunda servidumbre vendría constituída, no sobre un fundo, sino sobre otra servidumbre. Y no solo el fundamento de la regla es discutido sino también la cuestión de si la concesión del uso de una

(1) Ver Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 24 y siguientes. En sentido contrario pero no aceptable, Bianchi Ferd., *Sulla inalienabilità delle servitù prediali* (*St. senesi*, III, pág. 89 y siguientes).

(2) Paulo, fr. 1. D. 33. 2: *Nec usus nec usus fructus itineris actus viæ aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest.*

(3) Africano, *Nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*; ver Perozzi, *Fructus servitutis esse non potest* (*Bull. Ist. dir. rom.*, VI, pág. 1 y siguientes; Scialoja, *Nota al precedente articolo* (ib. pág. 37 y siguientes); Ferrini considera la frase interpolada en ambos pasajes, *Pand.* § 380, pág. 492, núm. 5.

servidumbre a otro es lícita si constituye un derecho real o una mera relación de crédito. El fundamento estribaría, según algunos, en que siendo la servidumbre una limitación, no puede concebirse limitación de una limitación, como se habría en una servidumbre constituida sobre otra servidumbre, según otros, en el hecho que las servidumbres se establecen sobre un fundo, por consiguiente, sobre cosa corporal, mientras en la *servitus servitutis* se daría una servidumbre constituida sobre un derecho. La opinion más difundida es que la regla se halla en íntima relación con el principio de la intransmisibilidad de las servidumbres y que no es más que una consecuencia de la misma. Y, ciertamente, como no se admite enajenación de la servidumbre separadamente del fundo a que adhiere, tampoco puede admitirse enajenación parcial, constituyendo sobre ella otro derecho de servidumbre.

Esto no impide que de la ventaja económica que la servidumbre proporciona pueda el titular hacer a otro partícipe sobre todo cuando la servidumbre ofrezca un goce susceptible de dividirse entre varias personas (1); pero esto no puede consentirse si de tal división resulta más gravosa la servidumbre; la concesión no podría realizarse con la constitución de un derecho real; ella constituirá siempre una relación obligatoria (2).

e) *Servitus dividi non possunt.*—Toda servidumbre, como cualidad ventajosa inherente al fundo entero, afecta a cada una

(1) Así por ejemplo, quien tenga activamente la *servitus silvae e edendae* puede hacer partícipe del goce a un tercero extraño, cediéndole la facultad de cortar leña en el bosque; no podría quien tiene derecho de paso hacer disfrutar de él a los propietarios de otros fundos.

(2) Véase sobre las varias cuestiones a que ha dado lugar este apotegma, Bianchi Ferd., *La regola serv. servitutis esse non potest nel dir. vigente* (*Riv. it. p. le. sc. giur.*, II, 1886, pág. 47 y siguientes); Scialoja, *Il fr. 33. § 1. D. 8. 3. e la regola servitus servitutis esse non potest* (*St. senesi*, I, 1884, pág. 109); Brugi en Glück, *Pand.* VIII, pág. 100 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 26 y siguientes. En nuestra opinión, si se tiene en cuenta su falso origen en derecho romano y su contenido, la regla debiera ser rechazada como desprovista de valor si quiere afirmar cosa distinta de la alienabilidad, como superflua y ociosa si enuncia—ni racionalmente puede significar otra cosa—el principio de la inalienabilidad total o parcial.

de las partes del dominante. Esto va entendido, tanto de las partes reales como de las ideales; así, cuando el paso o el acueducto se ejerciten sobre una fracción determinada del fundo, se debe considerar todo él gravado, y viceversa, si el fundo dominante viene dividido la servidumbre, es debida a cada porción del mismo con la limitación única de que no se haga más gravosa la condición del sirviente, por lo que en el caso citado cada propietario de una porción del fundo dominante, deberá usar de él en el mismo lugar (art. 644). Análogamente cuando corresponda a varios el fundo sirviente o el dominante, cada uno de los condóminos se halla obligado a soportar la carga o autorizado a obtener de él ventaja. La misma naturaleza de la servidumbre (1), la cual no puede constituirse por partes (2).

De esto deriva que cuando el fundo sirviente pertenezca a varios en condominio, todos los condóminos, indistintamente, deben consentir en su constitución; la servidumbre concedida por uno sólo de ellos no se considera establecida, sino cuando los demás la hayan concedido también conjunta o separadamente (art. 636); en el período que media entre el consentimiento de los primeros y el del último, no hay adquisición de derecho real, sino una simple relación obligatoria, que liga a los concedentes y prohibiendo el retirar su consentimiento una vez ya prestado, vincula no sólo a sus sucesores a título universal, sino también a aquellos que lo son a título particular, impidiéndoles que obstaculicen el ejercicio del derecho concedido (art. 636, párrafo 3.º). Análogamente si son varios los condóminos del fundo dominante, la adquisición de la servidumbre no es perfecta, sino cuando todos la hayan aceptado, salvo que el acto realizado por uno de ellos no deba o pueda interpretarse como una *utilis gestio* a favor de los demás. No son otra cosa que aplicación de tales principios las reglas dictadas por los artículos 671 y 672 del Código civil, relativas a la extinción de las servidumbres por el no

(1) Pomponio, *Fragm. regul. Et servitutes dividi non possunt: nam larum usus ita conexas est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.*

(2) Ulpiano, fr. 6. § 1. D. 8. 4. *Si quis partem aedium tradet vel partem fundi non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest sed nec adquiri.*

uso. Dada la indivisibilidad, si el fundo dominante pertenece a varias personas en común, no se requiere el uso de todas para que la servidumbre no prescriba, bastando el uso de una sola para impedir la prescripción en perjuicio de todas (art. 671); es más, toda causa de suspensión o interrupción de la prescripción que sea personal a uno de los condóminos, aprovecha también a los demás por la inseparabilidad de la relación que los une.

Pero con este concepto de la indivisibilidad de la relación no se debe confundir el de la indivisibilidad del contenido económico de la servidumbre. En el segundo aspecto, la servidumbre será en ocasiones divisible o indivisible, según que la ventaja que procura pueda o no distribuirse entre varias personas; es el objeto de la misma el que decide y basta notar que el objeto es divisible cuando consiste en un disfrute de productos (como en el acueducto, en el *aquae haustus*, en el *ius cretae eximendae*, indivisible cuando consiste en un simple uso del fundo o en una facultad de prohibir) (1).

f) *Perpetuidad de la causa*.—Fue por largo tiempo opinión de los romanistas, basada en un texto de Paulo (2), que las servidumbres debían tener una causa perpetua, por la que se entendía (según la doctrina más corriente) una necesidad duradera del fundo dominante y una aptitud duradera también del fundo sirviente para satisfacer aquélla. La existencia de tal requisito es hoy, si bien no sin oposición (3), negada, relativamente al Derecho romano (4), en el cual la *perpetua causa* tenía un significado muy diverso y se refería a la servidumbre en materia de aguas, es decir, que ésta no podía ser constituída, sino sobre agua pe-

(1) Ver sobre la materia Longo, *Indivisibilitate delle servitu prediali*; Bianchi, *Servitu legali*, pág. 218 y siguientes, Zachariae-Crome, Man. I, § 217, pág. 619, núm. 4; Venzi en Pacifici, Ist. III, 2. pág. 28, núm. 4.

(2) Fr. 28. D. 8. 2. *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno coscedi aquaeductus potest.*

(3) Ferrini, *Sulla perpetua causa nelle serv. pred.* (Arch. giur., L. 1893, página 388 y siguientes; Pand. § 376, pág. 486, núm. 2; Brugi en Glück, Pand. VIII, ap. pág. 55 y siguientes.

(4) Perozzi, *Perpetua causa nelle servitu prediali romane* (Riv. it. p. le sc. giur., XIV, 1893, pág. 175 y siguientes); Ist. dir. rom., págs. 285-286.

renne, sobre agua viva y de aquí la consecuencia de que el *aquae ductus*, el *aquae haustus* no se podían constituir *ex capite, ex fonte*. Esto hace más difícil la solución del problema de si en Derecho moderno el requisito de la perpetuidad—entendida en el primer sentido y no en el especial de las aguas—es o no exigido. Niegan los más que el derecho nuevo lo exija y admiten solamente que pueda hablarse de perpetuidad en el sentido que diversamente de otros derechos reales como el usufructo, las servidumbres no son por naturaleza temporales, no se extinguen con la extinción de la persona (1). Nosotros creemos que—entendida con discreción—lo durable del servicio se debe considerar como requisito de la servidumbre; no obstante la amplia libertad conferida a los propietarios de establecer cuantas quieran a cargo a favor de sus fundos, repugna a la naturaleza de las mismas y es contrario a la utilidad general de una propiedad fundiaria, no excesivamente gravada, la idea de satisfacer una necesidad pasajera transeunte del actual poseedor del fundo dominante y constituir en servidumbre un fundo que tenga aptitud efímera para prestar el servicio.

g) *Vicinitas*.—Deben los fundos ser vecinos o sea hallarse en una tal relación topográfica entre sí que permita el que uno preste al otro el servicio, aunque sea mediatamente. No se requiere la contigüidad, y en tal sentido es interpretada la regla romana *pradia vicina esse debent* (2), de modo que si originariamente se exigió la contigüidad, más tarde no fué exigida. Hay que tener presente, sin embargo, que las servidumbres se constituyen frecuentemente entre fundos colindantes y algunas son inconcebibles sin la condición objetiva de la contigüidad (servidumbre de desagüe de edificios, de apoyo).

III. *Categorías*.—Sobre la base del doble criterio de la continuidad y la apariencia con que la servidumbre se actúa y manifiesta, distingue el Código en las servidumbres establecidas por hecho del hombre las continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes. A estas dos distinciones que el Derecho romano

(1) Ver Aubry et Rau, Cours. III, § 247, pág. 115; Planiol, Traité I, número 2.888.

(2) Ver Fr. 5, § 1. D. 8. 3; fr. 1, pr. D. 8. 2; fr. 38, 39, D. cód.

ignoraba, el Código hace en los artículos 617 y 618, hay que añadir una tercera no ignorada de aquel Derecho: la de las servidumbres afirmativas y negativas. La importancia de la triple distinción es capital para la teoría de la adquisición y pérdida, como se verá más adelante.

a) *Afirmativas y negativas*.—Se funda esta categoría en la facultad correspondiente al titular de la servidumbre de realizar actos en el fundo sirviente o establecer prohibiciones y coincide con el posible doble contenido anteriormente examinado (*patis non facere*). Son afirmativas las que confieren el derecho de usar de algún modo del fundo ajeno (como el pasar por él, el tomar agua de él, el tomar vistas sobre él); negativas aquellas que autorizan solamente el impedir el libre uso del fundo sirviente (como la *servitus altius non tollendi*) (1).

b) *Continuas y discontinuas*.—Según la textual definición del Código (art. 617), «son continuas las servidumbres cuyo ejercicio es o puede ser continuo, sin que sea necesario un hecho actual del hombre: tales son los acueductos, desagüe de edificios, vistas y otras semejantes; discontinuas aquellas que requieren un hecho actual del hombre para poder ser ejercitadas: tales son las de paso, toma de agua, conducir el ganado a pastar y otras semejantes». El criterio sobre el que se basa la distinción es, pues, la continuidad o discontinuidad del ejercicio independientemente de un hecho actual del hombre, no la continuidad o discontinuidad de la posesión que es concepto diverso, pudiendo muy bien darse posesión continua de una servidumbre discontinua. Requiere, en efecto, la ley para que una servidumbre pueda llamarse continua el que ésta en su función o ejercicio no necesite del hecho actual del hombre, de donde se concluye que es doble el elemento de la discontinuidad: la necesidad de tal hecho y la actualidad del mismo.

Así en los ejemplos citados por el propio legislador son discontinuas las servidumbres de paso, de *aquae haustus*, de pasto, porque su ejercicio requiere el acto de pasar por el fundo sir-

(1) La distinción se consignaba textualmente en algún Código anterior al vigente, por ejemplo, en el parmense (art. 496) y se presupone en el nuestro (art. 631).

viente, de tomar agua, de llevar el ganado a apacentar en las servidumbres de acueducto, de desagüe de edificios, de vistas, el fundo dominante obtiene el beneficio del sirviente, sin necesidad de acto alguno del hombre, por el natural curso de las aguas en la conducción o por su natural caída en el fundo ajeno, o por la luz, el aire, la vista que ofrece una ventana. Sobre la determinación del elemento de la actualidad, hay algunas discrepancias. Sin embargo, si se está de acuerdo en que la necesidad de actos preparatorios para iniciar la servidumbre (por ejemplo, en el acueducto que se use a intervalos, el hecho de abrir la compuerta para hacer pasar el agua al canal) no priva a ésta del carácter de continua; se discute hasta qué punto el concurso de la obra de hombre debe ser necesario para poderse decir actual: si se exige que el concurso acompañe al ejercicio de la servidumbre hasta que cese aquél, o basta que se de al iniciarse como factor principal del ejercicio mismo que se desenvuelve luego, secundado por la Naturaleza. Hay un concurso de la primera especie en la servidumbre de paso que se inicia se desenvuelve y cesa con el acto de pasar, de la segunda en el de la letrina en que el acto del hombre es igualmente necesario, pero sólo en el comienzo para verter las aguas sucias en los canales de desagüe; pero el desenvolvimiento ulterior del ejercicio tiene lugar por sí y naturalmente. Sobre esta última servidumbre especialmente, surgió la cuestión que aún se debate; algunos creen que el hecho inicial del hombre no es aquí diferente de aquellos actos preparatorios, que como, por ejemplo, en el acueducto consisten en hacer pasar el agua a la conducción; otros, que es precisamente el acto del hombre el que inicia la servidumbre y es el factor principal de la misma. Nosotros creemos más exacta esta última opinión; la discontinuidad se da siempre que el concurso de la obra humana no sea una modalidad del ejercicio, sino la causa misma de la que éste depende, aunque en el desenvolvimiento ulterior, la acción de la Naturaleza lo secunde (1).

(1) En sentido contrario ver, entre otros, Baudry-Lacantinerie y Wahl, *Dei beni*, núm. 1.089, pág. 839 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 328 y siguientes.

c) *Aparentes y no aparentes*.—Declara el art. 618 que servidumbres «aparentes son aquellas que se manifiestan con signos visibles, como una puerta, una ventana, un acueducto; no aparentes las que carecen de signos visibles de su existencia, como la prohibición de edificar sobre un fundo o la de edificar a una altura determinada». Prescinde también esta distinción de la apariencia o no de la posesión, no habiendo relación alguna entre la apariencia de la servidumbre y la publicidad de su posesión; descansa en un elemento material: la existencia o inexistencia de signos exteriores y visibles que, según la naturaleza de la servidumbre, podrán hallarse en el fundo dominante o en el sirviente.

Las relaciones en que están las dos distinciones antes indicadas son de una plena y perfecta independencia. Fundadas en criterios totalmente diversos, en ningún caso la categoría de las continuas o discontinuas coincide con la de las aparentes o no aparentes y viceversa; y hay que evitar el error de creer que la existencia de signos visibles en una servidumbre discontinua (por ejemplo, una puerta o un puente en una servidumbre de paso) la transforme en continua. Cada servidumbre, según la concurrencia de uno u otro requisito, tendrá el carácter de una u otra categoría; de modo que combinando ambos criterios todas serán continuas y aparentes (por ejemplo, acueducto, vistas), continuas y no aparentes (ejemplo, *altius non tollendi*), discontinuas y aparentes (ejemplo, paso con puerta de acceso), discontinuas y no aparentes (paso simple, *aquae haustus*).

IV. *Constitución*.—De qué modo y por quién pueden constituirse o adquirirse las servidumbres, lo declara el Código en los artículos 629 y 638 y en otros lugares que para la unidad de exposición deben ser aquí tratados.

a) *Modos de constitución*.—Ante todo, en cuanto a los modos, tres son admitidos por la ley: el título, la usucapión y la destinación del padre de familia. Pero no todos se aplican a toda clase de servidumbres ya que, excepción hecha de las servidumbres continuas y aparentes, que pueden establecerse de los tres modos indicados (art. 629), todas las demás, las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes,

sólo por título pueden establecerse (art. 630). La razón fundamental por la que todas las servidumbres en las que no concurre el doble carácter de la continuidad y la apariencia se declaran inidóneas para ser adquiridas por usucapión o destino del padre de familia, estriba en el propósito del legislador de impedir que un estado precario, una tolerancia de los actos realizados sin derecho, por pura condescendencia de buena vecindad, pueda transformarse en un estado permanente y de derecho; sólo la apariencia y la continuidad podían excluir el peligro de que el acto de benevolencia y tolerancia redundase en perjuicio del propietario; además, con esto se tiende a eliminar toda posible controversia en cuanto a la estimación de los actos de posesión. Y se fué tan adelante en esta dirección, que se sintió la necesidad de declarar que ni siquiera una posesión inmemorial bastaría a constituir una de estas servidumbres (art. 630, párrafo 1.º) (1).

a) *Título*.—Es título todo acto *inter vivos* oneroso o gratuito y todo acto *mortis causa* con que el propietario declara su voluntad de poner un fundo al servicio de otro. El acto debe consignarse por escrito cuando se trate de convención (artículo 1.314, núm. 2.º) y responder, además, a los especiales requisitos exigidos por la ley cuando consista en una donación o en una disposición testamentaria. Es inútil añadir que cuando se trate de actos entre vivos debe ser hecho público mediante la transcripción, para que pueda producir efectos contra terceros (artículo 1.932, núm. 2.º). El título puede ser substituído mediante un acto de reconocimiento, es decir, por una declaración escrita que contenga el reconocimiento de la existencia de la servidumbre por parte del propietario del fundo sirviente. Es consecuencia del principio ya expuesto de ser el título el único modo de constitución de las servidumbres continuas no aparentes y de las discontinuas aparentes o no, la regla contenida en el art. 634, según la cual cuando el título falte no puede ser su-

(1) Si en todo esto se ha exagerado requiriéndose para la usucapión a más del requisito de la apariencia que por sí solo hubiera bastado el de la continuidad, es cuestión enlazada con las eventuales reformas del Código y no puede ser aquí discutida. Bianchi, *Servitu legali*, pág. 244; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 2. pág. 333 y siguientes.

plido sino por un acto escrito de reconocimiento por el propietario del fundo sirviente. Al acto de reconocimiento debe equipararse la sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada.

β) *Usucapión* (1).—Pueden, merced a la posesión prolongada por el tiempo prescrito en la ley adquirirse solamente las servidumbres continuas y aparentes (artículos 629 y 630); se excluyen todas las demas (continuas y no aparentes, discontinuas) con las salvedades que se harán más adelante (2). La posesión debe ser legítima, responder a los requisitos indicados en el artículo 686. El tiempo puede ser los treinta años o el decenio cuando se haya adquirido por un título viciado, pero no nulo por defecto de forma, que haya sido transcrito debidamente (artículo 2.137). De la posibilidad de aplicar la usucapión decenal (excluida en el Derecho francés por los artículos 2.264, 2.265 y 690) parece debiera dudarse por la locución empleada en nues-

(1) Sobre la materia y relativamente al derecho romano, Ascoli, *L'usucapione delle servitu nel dir. rom.* (*Arch. giur.*, XXXVIII, 1887, página 51 y siguientes, 198 y siguientes); Bonfante, *La praescriptio longi temporis delle servitu* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVI, 1893, pág. 177 y *Scritti giur.*, II, pág. 956 y siguientes); Perozzi, *I modi pretori di acquisto delle servitu* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XXIII, 1897, pág. 1 y siguientes); Partsch, *Die longi temporis praescriptio im Klass. röm. Recht*, 1906, pág. 106 y siguientes; Krüger, *Die prätorischen servituten*, Munster, 1911; Albertario, *La protezione pretoria delle servitu romane* (*Filang.*, XXXVII, 1912, página 207 y siguientes. Relativamente al derecho civil, Chironi, *Acquisto delle servitu mediante prescrizione* (en *Quest. di dir. civ.*); Coviello, *Della usucapione delle servitu prediali nel dir. civ. it.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, X, 1890, página 161 y siguientes); *Ancora delle usuc. delle servitu prediali*, Napoli, 1894; *Della usuc. decennale ecc.* (*Giur. it.*, 1902, 1, pág. 657 y siguientes); Gabba, *Dell acquisto delle servitu continue ed apparenti per usuc. decem.*, (*Foro it.*, 1903, I, pág. 1.285); Ramponi, *Lineamenti d'une teoria sulla usucapione delle servitu prediali sec. il. c. c. it.* (*Mem. d. R. Acc. Sc. di Bologna*, 1910-1911, pág. 3 y siguientes; 1912-13, pág. 115 y siguientes); *Prescrittibilità acquisitive decennale di servitu prediali* (*Giur. it.*, 1917, IV, pág. 27 y siguientes); Marracino, *L'acquisto delle per prescrizione*, Firenze, 1911.

(2) Y salvo el caso de adquisición hecha bajo legislaciones anteriores que admitían la usucapión incluso para éstas, cuando el tiempo de la prescripción haya transcurrido íntegro antes de la entrada en vigor del Código italiano (ver disp. trans. art. 21).

tro art. 629 el cual, hablando de la prescripción de treinta años, parece excluir toda otra prescripción más breve.

Conviene observar que el art. 2.137—cuyo contenido expresa la regla general—habla de adquisición de inmuebles o derechos reales inmobiliarios, y entre éstos figuran, en primer término, las servidumbres; la locución del art. 629 debe considerarse relacionada con la usucapión más usual que obra con la sola base de la posesión sin concurso del título (1). Presupone, pues, la usucapión que se haya poseído la servidumbre por treinta o diez años y (puesto que se aplica a las servidumbres continuas y aparentes) que se den en el fundo dominante o en el sirviente los signos exteriores por los que se manifiesta su existencia, siendo, por lo demás, indiferente la cuestión de quién haya realizado las obras o con qué intención las haya realizado el propietario del fundo dominante.

En cuanto al momento en que la usucapión comienza a correr, establece el art. 631 que «en las servidumbres afirmativas la posesión útil para la prescripción se computa desde el día en que el propietario del fundo dominante comenzó a ejercitarla en el fundo sirviente»; lo cual, tratándose de servidumbres aparentes, equivale a decir que comienza en el día en que se hayan realizado las obras. Pero a esta primera parte del artículo sigue una segunda que se refiere a las servidumbres negativas, cuya interpretación ha provocado gravísimas discusiones. «En las servidumbres negativas la posesión comienza desde el día de la prohibición hecha con acto formal por el propietario del fundo dominante al propietario del sirviente para restringir el uso libre de éste en el mismo». Cuando se considere que las servidumbres negativas, consistiendo en una facultad de prohibir, son siempre no aparentes, la antinomia entre esta disposición, que

(1) Sin embargo, no hay conformidad. Contra muchos que se expresan en el sentido del texto (Pacifi, *Ist. III*, 2. pág. 246; Gabba, *Nuove quest. di dir. civ.*, II, pág. 9 y siguientes; Pugliese, *Prescr. acc.*, núm. 317; Coviello en *Riv. it. p. le sc. giur.*, X, pág. 197 y siguientes, etc.), hay otros que excluyen la prescripción decenal interpretando taxativamente la disposición del art. 629 (Sacchi, *Servitu pred.*, pág. 608; Venzi en Pacifi, *Ist. III*,; pág. 345 y siguientes).

fijando en el *dies contradictionis* el momento inicial de la posesión útil en la usucapión, las presupone susceptibles de ser usucapidas, y el precepto general del art. 630, que excluye de la usucapión las servidumbres no aparentes, sean continuas o discontinuas, resulta gravísima e incorregible según algunos autores, que han llegado a la conclusión de creer que debe considerarse como no escrito aquel párrafo especial del art. 631 (1). Pero tal consecuencia es rechazada por los más, pareciendo (y con razón) inadmisibles un error legislativo y una antinomia entre dos artículos consecutivos. Muchos han sido los intentos para conciliar ambas disposiciones y dos especialmente deben ser aquí consignados. Uno, el más sencillo, atribuye a la norma del artículo 631 la función de integrar y completar la precedente en cuanto que declara que las servidumbres no aparentes, por regla general no usucapibles, lo son cuando concurren algunas condiciones especiales, es decir, cuando se da un acto de contradicción del propietario del fondo dominante que prive a la posesión de todo vicio de ambigüedad (2). El otro, más ingenioso, parte del concepto (ya aceptado) que la usucapión de las servidumbres, en general, pueda realizarse no sólo con la prescripción de treinta años, sino también con la decenal, y afirmando que supuesto del párrafo 1.º del art. 631 es la constitución de una servidumbre no aparente a base de un título vicioso (*a non domino*), considera sentado por el citado párrafo el principio de que en tal caso el decenio no corre (como ordinariamente) desde el día de la transcripción, sino desde el de la contradicción (3).

(1) Así por ejemplo, Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 244 y siguientes; *Tratt. di servitu pred.*, núm. 75 y siguientes; Scotti, *Le servitu imprescrittibili e la contradizione* (*Giornale d. leggi*, 1879, pág. 4).

(2) Conforme, si bien con alguna diversidad de argumentación y de reconstrucción de las relaciones entre ambos artículos, Mirabelli, *Prescr.*, número 267 y siguientes; Pugliese, *Prescr. acq.*, núm. 30 y siguientes; Borsari, *Comm.*, II, art. 631; Chironi en *Riv. it. p. le sc. giur.*, 1888, página 35, etcétera.

(3) Coviello, *Usucapione delle servitu prediali nel dir. civ. it.* Una ulterior y reciente explicación es dada por Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, página 336 y siguientes; en su opinión, todo el art. 631 se refiere solamente a las servidumbres continuas y aparentes dictando en su primera parte la

γ) *Destino del padre de familia* (1).—Halla su origen este modo de adquirir en el Derecho común, en el cual se admitió que cuando de dos fundos pertenecientes a un solo propietario hubiera sido por éste el uno destinado al servicio del otro con obras o con signos tales que si hubiesen pertenecido a dos propietarios distintos, estas obras o signos hubieran denotado la existencia de una servidumbre, pudiera sin más considerarse constituida al separarse ambos fundos. Es, pues, un modo tácito de constitución de la servidumbre en el que el destino del único propietario originario substituye al título y actúa apenas se hayan dado las condiciones objetivas necesarias para la existencia de la servidumbre; es decir, obra en el momento en que cesa con la separación aquella pertenencia a uno solo que (por la regla *nemini res sua servit*) hacía imposible el que surgiera un *ius in re aliena*, siempre que una declaración contraria de voluntad no la haya excluído.

El Código italiano ha acogido y disciplinado la institución en los artículos 632 y 633: «El destino del padre de familia tiene lugar cuando consta por cualquier género de prueba que dos fundos actualmente divididos han sido poseídos por el mismo

norma para el cómputo del tiempo en las afirmativas, en la segunda para las negativas. Esto implica que las servidumbres continuas y aparentes pueden ser tanto afirmativas cuanto negativas; y es, añade, un falso supuesto aquel de que han partido todos los autores: el de que las servidumbres negativas son siempre no aparentes; él afirma que también las negativas pueden ser aparentes. Contra esta doctrina hay que objetar, sin embargo, que (a nuestro parecer) falsea un tanto el concepto de la apariencia y del valor que se debe atribuir a los signos visibles. En el mismo supuesto de Venzi, se inspira Marracino, *L'acquisto delle servitù per prescrizione*, pág. 143, quien intenta una nueva y más complicada construcción a la que no podemos adherirnos.

(1) Ver Windscheid, *Ueber die Begwindunh der Servituten durch destination du pere de famille* (*Rhein Arch.*, XXXIV, pág. 1 y siguientes); Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo delle servitù prediali*, Napoli, 1886; Weigert, *Beitrag zur Lehre der Stillschweigenden servitutbestellung*, Cassel, 1887; Sala Contarini, *La destin. del padre di f. come mezzo costitutivo di serv. pred. nel dir. rom.*, Girgenti, 1895 y sobre éste, Riccobono, *La destinaz. del padre di famiglia* (*Riv. it. p. le sc giur.*, XXI, 1896, pág. 380 y siguientes).

propietario y que éste estableció y dejó las cosas en el estado del cual resultó la servidumbre». «Dejando ambos fundos de pertenecer al mismo propietario sin disposición alguna relativa a la servidumbre, se entiende ésta establecida activa y pasivamente a favor y sobre cada uno de los fundos separados». Aplicable solamente a las servidumbres continuas y aparentes (si bien alguno haya querido sostener contra el claro precepto del artículo 630 la idoneidad de las discontinuas con tal que sean aparentes para constituirse en esta forma (1), el destino del padre de familia debe reunir los siguientes requisitos: 1) un *estado de hecho* del que resulte el destino de un fundo al servicio del otro con obras o signos visibles que manifestarían la existencia de una servidumbre si ambos fundos pertenecieran a propietarios distintos; 2) un *destino permanente*, como requiere, por regla general, la naturaleza misma de la servidumbre de modo que el servicio se preste al fundo y no represente una venataja meramente personal y transitoria que obtenga el propietario sin ánimo de crear una relación objetiva y duradera entre los fundos; 3) dos fundos entre los cuales se constituye tal relación objetiva o dos partes de un mismo fundo, como racionalmente ha admitido la doctrina, extendiendo la fórmula legislativa al caso en que un único fundo resulte dividido en dos que asumiendo autonomía e independencia puedan prestarse un servicio recíproco; 4) una separación jurídica de los dos fundos o de las dos partes por una forma cualquiera de enajenación voluntaria o forzosa que haga adquirir la propiedad a personas diversas.

b) *Capacidad del constituyente y del adquirente*.—Aplicando a las servidumbres las normas ordinarias sobre la capacidad de enajenar, la regla general es que sólo el propietario del fundo sirviente capaz de disponer puede constituir servidumbre sobre el mismo; si son varios los propietarios precisa el consentimiento de todos los condóminos (y en el tiempo intermedio entre el consentimiento de los primeros y el del último se aplican las

(1) Fiore, *Se la servitu discontinua aparente possa essere stabilita con la destinazione del padre di famiglia* (Atti d. R. Acc. di Napoli, 1906); Iannuzzi, *Della destin. del p. di fam. nelle servitu discontinue apparenti sotto l'impero del Cód. civ. fr. e pap.* (Filang. 1881, pág. 489 y siguientes).

normas del art. 636 antes recordadas); si se trata de propiedad sujeta a resolución o revocación no falta la capacidad, pero la servidumbre sigue la misma suerte que el derecho de propiedad. La regla general sufre, por una parte, limitaciones derivadas de la existencia de derechos reales correspondientes a terceros sobre el fundo; por otra resulta ampliada con respecto a las personas que no teniendo la propiedad del fundo son capaces de imponer con él limitaciones. *Restricciones* se dan: 1) en el caso del fundo hipotecado, porque si el propietario puede imponer en él servidumbres, éstas no deben perjudicar su condición o disminuir la garantía de los acreedores que inscribieron hipoteca antes de la constitución de la servidumbre y pueden por esta razón enajenar el fundo en pública subasta como libre (artículos 1.932 y 1.942); 2) en el caso del fundo sujeto a usufructo porque no puede el nudo propietario, sin consentimiento del usufructuario, constituir servidumbres que perjudiquen el derecho de éste; de lo que se deduce que le es lícito imponer las demás, y con el consentimiento del usufructuario, incluso aquellas que disminuyan su derecho de usufructo (art. 635) (1). *Ampliaciones* pueden hallarse: 1) en el caso del fundo enfiteutico sobre el cual es permitido al enfiteuta constituir servidumbre (2) con la sola limitación que cesaran al extinguirse la enfiteusis (art. 665); 2) en el caso del fundo dotal con relación al marido, al cual, aun no siendo propietario (3), se concede la misma facultad, salva idéntica limitación, en cuanto a la duración, extinguiéndose la servidumbre con la disolución del matrimonio (art. 665).

En lo que respecta a la capacidad de adquirir servidumbre,

(1) Es inútil añadir que el usufructuario en tanto tiene el derecho de gozar de las servidumbres inherentes al fundo (art. 494) no podrá constituir servidumbres a cargo de tal fundo; cuando preste un particular servicio a otro, se creará una simple relación obligatoria, no un derecho real; y lo mismo se entiende del poseedor de buena y mala fe.

(2) Naturalmente se puede hablar de ampliación en cuanto el enfiteuta venga considerado como titular de un *ius in re aliena*; entraría en la regla general si se considera como un verdadero propietario. De esto más adelante se tratará.

(3) La derogación del principio es terminante, ya sea que el marido se considere usufructuario, ya se considere administrador.

también aquí la regla general es que no pueda adquirirlas sino el propietario del fondo dominante. Sin embargo, como la adquisición es acto favorable, mucho menor es el rigor en los diferentes casos de aplicación. En particular, todo acto de adquisición hecho por quien no sea propietario, puede considerarse como gestión útil en favor del dueño; el enfiteuta puede adquirirlas en ventaja del fondo enfiteútico y el marido en ventaja del fondo dotal, no hallándose en tales casos la servidumbre sujeta a resolución y subsistiendo, por tanto, cuando la enfiteusis se extinga o el matrimonio se disuelva (art. 665). La misma amplitud parece debiera admitirse en el caso (no expresamente contemplado en el Código e inverso del previsto en el art. 636) en que el fondo dominante pertenezca a varias personas, en el sentido de que la adquisición hecha por uno debe aprovechar a los demás y considerarse perfecta aun sin la aceptación de éstos. Pero aquí interviene el principio que rige en materia de condominio—por el cual a ninguno de los condóminos es lícito hacer innovaciones en la cosa común, aunque resulte ventajosa para todos, artículo 677.—para impedir la eficacia de la adquisición e imponer, como ya se indicó, la aplicación de la misma regla contenida en el art. 636.

V. *Ejercicio*.—Las reglas que el Código establece en los artículos 639-661 sobre el modo de ejercitar las servidumbres que determinan los derechos y deberes de los propietarios del fondo dominante y del sirviente se hallan todas regidas por el sumo principio de que impera ante todo en la regulación de la relación la libre voluntad de las partes y que entre los estados de libertad y sujeción debe, en la duda, prevalecer el primero como más provechoso al interés general. La norma fundamental es, pues, que el contenido y los límites de los poderes correspondientes al titular de la servidumbre, así como la extensión de las limitaciones u obligaciones positivas que gravan el fondo sirviente, son determinados por el título o la posesión.

Más particularmente conviene observar:

a) *En cuanto al titular de la servidumbre*, que no puede hacer nada que no le esté consentido en el título o no sea conforme a la posesión, ni le es lícito hacer innovación alguna, tan-

to en el fundo sirviente como en el dominante, por el cual resulte más gravosa la condición del primero (art. 646). Cuando haya duda sobre la extensión de las facultades debe ejercitarse la servidumbre en los límites de lo que «es necesario para el destino y conveniente uso del fundo dominante con el menor perjuicio del sirviente» (art. 647). Dentro de tales límites tiene derecho de obtener del fundo sujeto todas las utilidades que corresponden al contenido específico de la servidumbre; su derecho «comprende todo lo que es necesario para usar de ella» (art. 639), o sea, que abraza a más de las llamadas *adminicula servitutis*, eventualmente otras y ulteriores servidumbres (*servidumbres accesorias*) que se entienden implícitas en la servidumbre principal cuando constituyan un medio indispensable para el ejercicio de ésta. Así, por ejemplo, en la servidumbre de tomar agua de la fuente ajena se comprende el derecho de paso por el fundo en que la fuente se halla; en el derecho de hacer pasar agua por el fundo ajeno se comprende el de pasar por las orillas del canal para vigilar la conducción y proceder a las limpiezas y reparaciones necesarias (art. 639, párrafos 1.º y 2.º). Las obras necesarias para usar de la servidumbre y conservarla se hallan a cargo del titular de ésta, a no ser que el título las ponga a cargo del propietario del fundo sirviente (art. 641), y salvas las especiales excepciones establecidas directamente por la ley en materia de concesión de agua (art. 649); pero cuando el uso de la cosa en la parte sujeta a servidumbre sea común a ambos, justamente la ley establece que las obras se costeen en común y en proporción a las respectivas ventajas (art. 641). Debe, además, el titular al realizarlas elegir el tiempo y el modo en que ocasione menor perjuicio al propietario del fundo sirviente (art. 640). Por último, como atenuación a la prohibición de innovaciones, la ley consiente que el propietario del fundo dominante pueda pedir el cambio de lugar para ejercer la servidumbre cuando pruebe que resulte para él notablemente ventajoso y no perjudicial al fundo sirviente (art. 545, párrafo último).

b) *En cuanto al propietario del fundo sirviente*, que la servidumbre, si bien restringe una o varias de sus facultades, no

puede suprimir las que son imprescriptibles, como, por ejemplo, la de cerrar el fundo; de aquí se deduce que si usa de tal derecho deberá dejar libre el acceso a quien ejercite, por ejemplo, la servidumbre de *aquae haustus* o de acueducto (art. 639, párrafo último). Debe, pues, abstenerse de los actos con relación a los cuales se da en el titular de la servidumbre la facultad de prohibirlos o tolerar los actos positivos de éste cuando se trate de servidumbre afirmativa; pero a más de esto tiene el deber de abstenerse de hacer «cosa alguna que tienda a disminuir el uso de la servidumbre o hacerlo más incómodo; no puede, por tanto, variar el estado del fundo ni transferir el ejercicio de la servidumbre a lugar distinto de aquel en el que fué originariamente establecida». Pero lo mismo que al propietario del fundo dominante, así también, y con mayor razón al del sirviente, le confiere la ley la facultad «de ofrecer otro lugar igualmente apto para el ejercicio de los derechos correspondientes al titular cuando el ejercicio de la servidumbre se hubiese hecho más gravoso para el propietario del fundo sirviente o le impidiese hacer en él obras, reparaciones y mejoras»; el favor del menor gravamen posible de los fundos implica que el propietario del fundo dominante no pueda rehusar el ofrecido desplazamiento (art. 645 (1). Sólo excepcionalmente (salvo el caso de uso común), las obras necesarias a la conservación y uso de la servidumbre recaen en el propietario del fundo sirviente. Sin embargo, la ley concede a éste—como lo hacía ya el Derecho romano en la *servitus oneris ferendi*—la facultad de abandonar el fundo sirviente al propietario del dominante para librarse de la carga (art. 643). De qué modo este *ius derelinquendi* puede ejercitarse, no está determinado en la ley, pero debe entenderse que el abandono debe hacerse de todo el fundo cuando sobre todo él se ejercite la servidumbre (por ejemplo, pastos), y limitado a la parte en que se actúa la servidumbre cuando ésta afecte a una parte del fundo (ejemplo, un paso), quedando las demás partes

(1) Fadda, *Se speti al proprietario del fondo servente il diritto di sportare la servitu fuori dei limiti dello stesso fondo gravato* (*Foro it.*, 1903, I, página 1.285 y siguientes); Ciolfi: *Sull'ammisibilità del trasferimento della servitu del fondo servente al fondo di un terzo* (*Riv. univ.*, 1905, I, pág. 547).

sujetas a un eventual desplazamiento de la servidumbre cuando se den en el futuro las necesarias condiciones. La *derelictio* libera al sirviente de toda obligación, y cuando sea aceptada por el propietario del fundo dominante hace pasar a éste la propiedad del fundo sirviente.

VI. *Extinción*.—De los diferentes modos de extinción de las servidumbres, algunos son comunes a las demás clases de derechos (como el vencimiento del término, el realizarse la condición resolutoria, la resolución del derecho del constituyente, la renuncia), y éstos están regidos por reglas ordinarias; otros son especiales de las servidumbres o son regulados de modo especial para ellas y se resumen en tres: el cambio del estado de los fundos, la confusión y el no uso.

a) *Cambio de estado* (1).—Puesto que la servidumbre supone una relación objetiva o de hecho entre dos fundos que haga posible el que uno de ellos obtenga ventaja del otro, es lógico que aquélla se extinga cuando, alterada la relación, la prestación de aquel determinado servicio no sea ya posible; no puede haber una *aquae haustus* si la fuente se seca, ni tampoco un paso sobre el fundo ajeno que dé acceso a ésta; no puede haber una *servitus altius non tollendi*, si entre los dos fundos y sobre un tercero se edifica, etc. No precisa siempre un cambio de hecho; basta un cambio jurídico; uno y otro se hallan comprendidos en la fórmula general del art. 662. Las servidumbres cesan cuando las cosas se hallen en tal estado que no se pueda usar ya de ellas.

Pero así como la alteración es causa de extinción, también es justo que cuando las cosas se restablezcan de modo que se pueda ejercer de nuevo la servidumbre, ésta resurja. Esto dispone análogamente al Derecho romano el art. 663, añadiendo también como aquél que el restablecimiento de la servidumbre tendrá lugar solamente cuando no haya transcurrido un período de tiempo bastante a extinguirla. Es, pues, necesario que el resta-

(1) Carnazza: *L'estinzione delle servitu enteritu rei*, Catania, 1883; Fadda, *Estinzione delle servitu prediale per unitamenta arrenuti nel fondo serviente* (Filang. XXIII, 1898, pág. 24 y siguientes).

blecimiento de la servidumbre se verifique dentro de los treinta años desde la fecha en que el cambio de estado hizo imposible el ejercicio de la servidumbre; si se verificase luego la servidumbre, resultaría definitivamente extinguida (1).

b) *Confusión*.—Como no es posible constitución de servidumbre si ambos fundos pertenecen a un solo propietario, así, por el principio *nemini res sua servit*, se extingue cuando reuniéndose en una sola persona la propiedad de los fundos dominante y sirviente, falte uno de los requisitos para su existencia (art. 664).

c) *No uso*.—Se extinguen las servidumbres, finalmente, por prescripción cuando no se usen por espacio de treinta años (2). Las limitaciones que la ley establece en la adquisición de una sola categoría de servidumbres (continuas y aparentes), con referencia a la prescripción adquisitiva, no tiene valor alguno respecto a la extintiva, que se aplica a todas las especies. Sin embargo, la distinción en continuas y discontinuas tiene también aquí importancia en lo que se refiere a la fijación del momento en que el tiempo prescripcional comienza a correr. Ya que si en las discontinuas, requiriéndose un hecho actual del hombre para

(1) No se puede adherir a la opinión profesada por algunos autores según la cual, los treinta años comience a correr desde el día en que, restablecidas las cosas, no se haga uso de la servidumbre y no desde aquel del cambio o alteración que hizo imposible el ejercicio de la servidumbre en aplicación de la máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*: ésta resulta precisamente excluida por el art. 663. Ver Aubry et Rau, Cours III, § 255, pág. 171, núm. 7 y la literatura en él citada.

(2) Sobre si se puede admitir a más de la prescripción extintiva de treinta años, una extinción de la servidumbre por prescripción adquisitiva decenal de la libertad del fundo, hay gran controversia. Algunos autores creen que como la posesión de buena fe y con justo título prolongada por diez años hace adquirir la propiedad, así, y con mayor razón, una posesión igual debe poder hacer adquirir una propiedad libre, lo que determinaría la extinción de la servidumbre por prescripción decenal. Este concepto, que reproduce en nuestro derecho la *usucapio libertatis* romana, es negado por muchos; ver Claps, *L'usucapio libertatis e la prescriz. decennate* (*Foro it.*, 1898, pág. 204 y siguientes); Zachariae-Crome, Man. I, § 225, pág. 643, núm. 4; Aubry et Rau, Cours III, § 255, pág. 177, núm. 23; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 400 y siguientes.

su ejercicio, puede determinarse el comienzo del no uso, fijándolo el día en que cesó el uso de la servidumbre (y el momento será, no el último acto de ejercicio, sino el posterior en que según su naturaleza la servidumbre hubiera podido ejercitarse), en las continuas el no uso no puede interpretarse en igual forma; por esto la ley prescribe que se entiende aquél comenzado el día en que se hizo un uso contrario a la servidumbre (art. 667). Y acto contrario es todo hecho material, ya provenga del propietario del fundo sirviente o de un tercero, que constituya impedimento para el ejercicio de la servidumbre; una protesta del propietario del fundo sirviente o una intimación legal de oposición no bastarían.

Ni, por otra parte, la subsistencia de obras encaminadas al uso impide la prescripción; excepcionalmente, en la toma de agua la ley consiente la permanencia del vínculo real cuando la presa o canal de derivación exista y se conserve en estado servible (artículo 669).

Del mismo modo que la servidumbre en sí, puede extinguirse el *modo* de la servidumbre (art. 668). Y como por *modo* se entiende, por regla general, toda modalidad de lugar, de medida, de extensión, que revista la servidumbre, según el título o la posesión, ello implica que la servidumbre originaria puede por un uso diverso o menor (por ejemplo, tomando agua a intervalos diversos o pasando sólo a pie y no a caballo) reducirse o modificarse con respecto a su primitiva existencia (1). Pero la servidumbre no se salva de la extinción por prescripción cuando se ejercite en tiempo diverso del determinado en el convenio o la posesión (art. 670).

La tutela jurídica de las servidumbres se actúa (prescindiendo de las acciones posesorias y de denuncia aplicables a ellas con ciertas modificaciones, art. 630) por una especial acción petitoria, la *actio confessoria*. El actor debe demostrar su derecho de servidumbre (porque la libertad del fundo se presume hasta

(1) Es muy discutida la cuestión relativa al significado que aquí debe atribuirse al modo y los límites en que se aplica el art. 668; ver Aubry et Rau, Cours III, § 255, pág. 178 y siguientes; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 298, número 45.

prueba contraria), así como el impedimento creado al ejercicio de su derecho. Con esta acción el titular de la servidumbre tiende a obtener el reconocimiento de su derecho y asegurar el libre ejercicio del mismo. Y como la confesoria es a las servidumbres lo que la *rei vindicatio* al derecho de propiedad, se aplican a ella con las oportunas modificaciones las reglas de ésta (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Servidumbres.*—El concepto legal de las servidumbres lo dan los artículos 530 y 531 del Código civil español.

Caracteres análogos a los estudiados en el texto encontramos establecidos en los artículos siguientes del Código civil; art. 530, que define la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (*nemini res sua servit iure servitutes*), no habiendo contradicción sino simplemente impropiedad de lenguaje, como afirma Castán, en la manifestación del art. 541 referente a que, cuando entre dos fincas pertenecientes a un sólo propietario haya un signo aparente de servidumbre *continúe* la servidumbre, activa y pasivamente, si se enajenare una de ellas. Por virtud de esta disposición tiene lugar una *constitución* no una *continuación* de servidumbre.

El contenido pasivo de la servidumbre (considerada desde el punto de vista del dueño del predio sirviente) queda destruído también en el artículo 533 de nuestro Código, pero esto con el carácter accesorio y subalterno que muy certeramente acusa el autor en el texto al ocuparse del problema.

Las servidumbres son inalienables (no pudiendo separarse de la finca a que activa o pasivamente pertenecen (art. 534 del Código civil y 108 de la ley Hipotecaria).

Sobre ejercicio de este derecho art. 545 del Código civil).

Las servidumbres son indivisibles (artículos 535 y 597 del Código).

Clases de servidumbres: Reales y personales (artículos 530 y 531). Positivas y negativas (art. 533). Continuas y discontinuas (art. 532; la de acueducto es siempre continua (art. 561). Aparentes y no aparentes (artículo 532); la de acueducto tiene siempre la consideración de aparente (artículo 561). Legales y voluntarias (art. 536).

En el Código, las servidumbres se adquieren por la ley o por la voluntad de los propietarios (art. 536), por prescripción, (art. 537) con excepción de las continuas no aparentes y las discontinuas aparentes y no aparentes y por presunción (art. 541); este modo de adquirir tiene lugar solamente con respecto a las aparentes.

La prescripción de las servidumbres aparentes y continuas tiene en cuanto al tiempo la especialidad de señalar un sólo plazo de veinte años (artículo 537) y por esa especialidad hay que entender, como dice Castán (*Derecho civil español, común y foral*. Madrid. Editorial Reus, 1924, tomo I, pág. 376) que no requiere buena fe y justo título, ni son aplicables a ella las reglas generales de la prescripción del dominio y demás derechos reales.

Sobre su contenido—derechos y obligaciones de los elementos personales de esta relación jurídica—, ver artículos 578, 542, 543, 544, 545 y 599

Sobre su extinción: artículos 546 y 547 del Código.

§ 61.--*Enfiteusis y superficie*

Filomusi, Enc. § 65; Brugi, Ist. § 49; Chironi, Ist. I, §§ 198-205; Pacifici, Ist. III, I, páginas 234-500 y siguientes; Zachariae, Man. I, § 183; Aubry et Rau, Cours., II, §§ 223-224 bis; Planiol, *Traité* I, número 2.524 y siguientes, 2.989; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 218-225.

El enumerar entre los derechos reales de goce de cosa ajena la enfiteusis y la superficie suponen resueltas ya las cuestiones capitales que alrededor de ambas instituciones se suscitan en nuestro Derecho civil; en estas dos figuras, anómalas ya en el Derecho romano, y de éste derivadas al nuestro, todo es discutido: la naturaleza, la estructura jurídica, la utilidad económica y práctica y hasta (en lo que respecta a la superficie) su efectiva supervivencia en la moderna ordenación de la propiedad. Nosotros creemos también que no de otra manera puede ser considerada la enfiteusis en el sistema legislativo italiano tal como resulta de las normas del Código y de la riquísima legislación especial sobre la materia, y lo aceptamos como un *ius in re aliena*, conforme a la tradición jurídica romana; no puede negarse al derecho de superficie la inclusión en el vigente ordenamiento, no obstante que el Código no lo mencione expresamente. Pero todo esto vendrá deducido del análisis de ambas instituciones, que, si bien guardan una relación de analogía entre sí, se diferencian también profundamente por su diversa función e importancia económico-social y por su historia respectiva.

I. *Enfiteusis*.—Compleja y laboriosa es la historia de la enfiteusis (1), que apareció muy tarde en el Derecho romano

(1) Ver para el Derecho romano, el medioeval, y común el germánico y el francés amplia bibliografía en Viollet, *Hist. du dr. civ. fr.* 3.^a ed., página 707 y siguientes y para la doctrina moderna italiana, Corleo, *Storia della enfiteusi dei terrini ecclesiastici in Sicilia*, Palermo, 1871; Colamarino, *Del contratto d'enfiteusi*, Napoli, 1879; Simoncelli, *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e la moderne leggi d'affrancamento* (*Arch. giurid.*, XL, 1888, página 431 y siguientes); *Dell'enfiteusi*, Napoli, 1910; De Pirro, *Della enfiteusi*, 2.^a ed., Milano, 1907, y a más Segré, *Dell'enfiteusi sec. il dir. civ. e le leggi speciali* (*Riv. ital. p. le sc. giur.*, XLV, 1908, pág. 303 y siguientes.)

por influjo del helénico y asentó en el primero definitivamente con Justiniano y sufrió luego notables alteraciones en el Derecho medioeval y, sobre todo, en el feudal, que lo atrajo a su órbita, provocando por esto el que la codificación francesa lo desterrara y que le profesaran cierta aversión las legislaciones en éste inspiradas. Sus precedentes inmediatos fueron en el Derecho romano los arrendamientos de los *agri vectigales*, es decir, de los fundos de los Municipios o Colegios sacerdotales que eran arrendados a los cultivadores por largo tiempo o perpetuamente por el pago de un *vectigal*; su causa económica fué la necesidad de disfrutar tierras incultas, entregándolas perpetuamente o por un tiempo larguísimo, con la carga de pagar un canon anual, a los cultivadores, quienes, estimulados por la seguridad de su disfrute, por la facultad que tenían de transmitirlo hereditariamente, por la plenitud de poderes cuasi dominicales que la concesión les confería, empleaban en ellos actividades y capitales. De la concesión, que primero se limitaba a los fundos imperiales y luego se extendió a las tierras de los Municipios y de los grandes propietarios, nacían poderes tan amplios en el concesionario y protección tan enérgica por la naturaleza real de las acciones, que llegó a dudarse de si en esta relación no debía verse una venta. Hasta que la discusión surgida con ocasión de los *agri vectigales* y renovada para la enfiteusis fué resuelta por Zenón, con declarar que el contrato enfiteútico no era ni venta ni arrendamiento, sino una relación *sui generis*, y de esto surgió la doctrina que veía en el enfiteuta el titular de un *ius in re aliena*, subsistiendo en el concedente la propiedad. Índice de ésta eran, no sólo el pago del canon, que no se podía bajo pretexto alguno reducir, ya fuera por destrucción parcial del fundo o por defecto de los productos, sino también (luego de la reforma de Justiniano) la obligación impuesta al enfiteuta de notificar al concedente la enajenación del propio derecho, la facultad concedida a éste de ejercitar el derecho de prelación (*ius praelationis* o *protomiseos*) o de percibir, a título de reconocimiento, la quincuagésima parte del precio (laudemio), y, sobre todo, el derecho del propietario a readquirir en su integridad el propio dominio cuando el enfiteuta hubiese dejado de pagar el canon por tres años, dete-

riorado el fundo o no notificada la enajenación al propietario (1).

Cuando la enfiteusis penetró en los pueblos latinos y germánicos, al contacto con el feudalismo, sufrió algunas alteraciones por efecto del mismo, el cual si no la hizo instrumento para imponer cargas o para sujetar los cultivadores a los señores, halló en ella un campo apropiado para desenvolver sus instituciones y constituir la base de prestaciones serviles debidas por el vasallo, a quien el fundo era concedido, al señor, a quien correspondía el dominio eminente. Variaba así su función económico-social y en correspondencia a los conceptos germánicos de la pluralidad de los dominios en una misma cosa, según las utilidades distintas que ésta podía proporcionar; variaba también su construcción dogmática, al ver en ella una propiedad dividida entre concedente y concesionario, un *dominio útil* en el enfiteuta, representado por el cuasi ilimitado derecho de goce y de disposición del fundo, un *dominio directo* en el concedente representado por el derecho al canon y demás prestaciones más o menos gravosas que el señor solía añadir a aquél.

Por ello se explica que la legislación revolucionaria de Francia, adversa a todo lo que tuviese sabor feudal, diese un rudo golpe a la enfiteusis, prohibiendo en primer término las perpetuas, permitiendo tan sólo las de una duración máxima de noventa y nueve años (ley de 18 de Diciembre de 1790) y transformándola luego en una relación obligatoria de la naturaleza del arrendamiento cuando no tuviese los caracteres de un usufructo, como resulta de la ley de 9 de Mesidor, año III, y 11 de Brumario del año VII y del silencio del *code civil*, que no menciona la enfiteusis.

Sin embargo, la institución subsistió en la práctica y recientemente fué restablecida y completamente regulada por la ley de 25 de Junio de 1902 y más que en Francia continuó teniendo vida legal en Italia, en donde los Códigos anteriores (salvo el albertino) la mantuvieron, y el actual la acogió si bien con tan profundas modificaciones que desnaturalizó su íntima estructura,

(1) Para los textos romanos, ver c. 4. 66; fr. 1. 2 D. 6. 3; § 3. Inst. 3. 24; Nov. 7. 3. § 2; 120. 1. § 2.

privándole de gran parte de aquella utilidad que justificaba su conservación.

El sistema con que la institución es regulada por el Código civil (que la disciplina entre los contratos, artículos 1.556 y 1.567), representa el resultado de una poco afortunada transacción entre las opuestas corrientes de aquellos que la querían desterrar y de los que, rechazando las degeneraciones del Derecho intermedio, apelaban en defensa de su conservación a su origen romano y a su calidad de instrumento de la prosperidad agrícola nacional.

Excluída (aun cuando fuera innecesaria) toda idea de sujeción del enfiteuta y de carga de los inmuebles, pareció salutífero remedio contra la sujeción perpetua o cuasi perpetua del fundo y del concesionario el suprimir en el concedente el derecho de prelación en la venta y el de laudemio, confiriendo así ilimitada libertad de enajenación al enfiteuta y sobre todo atribuir a éste el derecho incondicional e inderogable de redimir el censo, pagando de una sola vez el capital, calculado a base del interés legal. Pero no se apercibieron los autores del Código que la institución así transformada no respondía a su función y resultaba prácticamente abolida; la posibilidad incondicional de redimir, conferida al enfiteuta de modo tan absoluto que prevalecía siempre frente a la contraria del concedente, la transformaba como ya se notó (1) en una especie de venta en que se dejaba al arbitrio del comprador la elección del momento para pagar el precio y por esto hacía que los propietarios evitasen un negocio que no les daba seguridad alguna de conservar íntegros sus derechos sobre los fundos concedidos (2). La legislación

(1) Ver Filomusi, Enc. giur., pág. 300 en nota.

(2) La experiencia ha demostrado, en efecto, que desde la publicación del Código han sido poco frecuentes las enfiteusis nuevamente concedidas; si algunas existen son supervivencias de las antiguas. Contra este abandono de la institución debido a la absoluta facultad de redención y en favor de una reforma general basada especialmente en la atenuación de tal facultad, advierte un notable movimiento entre los juristas y agricultores. Léase la notable relación de Simoncelli, *La riforma dell'enfiteusi*, Roma, 1904, a la «Sociedad de Agricultores italianos»; ver

posterior especial, cuyas leyes más notables son la de 2 de Julio de 1896, 2 de Agosto de 1897, 15 de Julio de 1906 y singularmente la de 31 de Marzo de 1904, ha subsanado en parte tales defectos y limitado algo la facultad de redención del enfiteuta.

a) *Naturaleza de la relación.*—Si luego de esta indicación histórica queremos considerar más de cerca la disciplina de la institución en el Código, la primera cuestión que se ofrece es la naturaleza de la relación que es muy discutida entre los civilistas. Precisa, ante todo, eliminar la doctrina del Derecho común sobre la errónea e injustificada distinción de los dos dominios; si aun hoy se habla de dominio útil y dominio directo, esto no tiene otro valor que el puramente terminológico y tradicional, sin contenido científico. La discusión recae sobre el punto de si la moderna configuración de la enfiteusis consiente aún el definir el derecho del enfiteuta, según la teoría romanista, como un *ius in re aliena*, reconociendo como propietario al concedente. Ahora bien, a esto se opondrá, según muchos autores (1) el más enérgico poder de disposición, conferido por la ley al enfiteuta, con relación al que le confería el Derecho romano, ya que si bien en éste el dominio del concedente resultaba muy comprimido, conservaba siempre la capacidad de expandirse mediante el ejercicio de la devolución y se afirmaba en la necesidad del consentimiento en las enajenaciones, con el ejercicio del derecho de prelación, con la percepción del laudemio en el momento en que el enfiteuta ejercitaba la más absoluta de sus facultades, realizando actos de disposición sobre el fundo. En el Derecho moderno, más que de comprensión, debe hablarse de supresión del dominio del concedente, no ya por la abolición del derecho de prelación y el de laudemio, sino por la facultad de redención, que prevaleciendo sobre el derecho a la devolución

además del mismo *L'indole economica del contratto di enfiteusi del c. c. it.* (*Arch. giur.*, XL, 1888, pág. 285 y siguientes); *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giur.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, VI, 1888, página 65 y siguientes) y Valenti, *L'enfiteusi e la questione agraria*, Bologna, 1889.

(1) Ver Filomusi, *Enc. giur.*, § 65, página 299 en nota; Gianturco, *I. ts.* § 53, página 138.

coloca al enfiteuta en situación de un verdadero propietario, gravado simplemente con una carga real. Respondería a tal concepción todo el ordenamiento de la institución y el espíritu del Código que tienden a hacer posible en todo caso la liberación del fundo del gravamen del canon; ni de otra manera se debe concebir el fenómeno de la readquisición de la plena propiedad por el concedente en caso de devolución, que como una resolución de la adquisición hecha por el enfiteuta.

Pero los mismos autores que quieren reconocer en el enfiteuta un derecho de propiedad aunque resoluble en caso de devolución no están luego de acuerdo al definir el derecho del concedente; algunos consideran que es un *ius in re aliena*; otros un derecho de crédito con garantía real. Pero a esta última idea se opone la circunstancia de que el derecho del concedente es susceptible de hipoteca (art. 1.967, núm. 3) y por ello no puede ser un derecho de crédito; a la primera, una serie de consideraciones que inducen a retener conservada la propiedad en el concedente. Y, en efecto, si los derechos del enfiteuta son tan amplios que prevalecen sobre los del concedente, no desaparece por esto el derecho del último a la devolución que representa la propiedad en estado potencial (cuando concurren las condiciones requeridas), susceptible de reexpandirse y de adquirir de nuevo su primitiva plenitud. Ciertamente que la facultad de redención la ha reducido pero no anulado completamente, y por otra parte, esta misma facultad de redención (para explicar la cual no precisa recurrir al concepto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública), no sólo no es incompatible con la idea de un concedente propietario, sino que excluye la de la propiedad en el enfiteuta. Y si la tendencia de la ley es la de hacer en todo caso posible al enfiteuta la adquisición de la libre propiedad del fundo, de lo mismo resulta que hasta que el precio de la redención no se haya satisfecho la propiedad no puede considerarse transferida al enfiteuta (1).

(1) En este sentido la mayoría de los autores: De Pirro, *Enfiteusi*, página 12 y siguientes; Segré, *Dell'enfiteusi*, pág. 4 (del extracto); Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 501, núm. 1; Venzi, *ibid.*, pág. 529 y siguientes; Planiol, *Traité*, 1, núm. 2.994, etc.

Podemos, por tanto, definir la enfiteusis, tomando como base la definición que el Código ofrece para el contrato relativo (art. 1.556) «Un *ius in re aliena*, por el cual se concede al enfiteuta el derecho de gozar perpetua o temporalmente de un fundo con la obligación de mejorarlo y de pagar una prestación anual en metálico o en especie».

b) *Objeto y constitución*.—Tiene por objeto generalmente los terrenos para cuya mejora y roturación funciona la institución pero no se hallan excluidos los fundos urbanos a los que son aplicables, sino todas, las más importantes reglas de la enfiteusis. Se constituye generalmente mediante contrato que es la hipótesis prevista por el Código al regularla; pero puede resultar constituida también por acto *mortis causa* o surgir de una adquisición por usucapión. El acto constitutivo cuando se produzca *inter vivos* debe reducirse a forma escrita (art. 1.314, núm. 1) y sujeto a la formalidad de la transcripción para que sea eficaz con relación a terceros (art. 1.932, núm. 1).

c) *Elementos*.—Sus elementos principales son, por tanto, un fundo rústico o urbano concedido a goce perpetuo o temporal; la obligación de mejorarlo; un canon anual que puede consistir en dinero o en especie, debiendo ser previamente determinado. Sobre éstos descansa la construcción de la institución, cuya regulación especial se concede a la libre voluntad de las partes; las normas del Código no se aplican sino cuando las partes no hayan convenido diversamente (art. 1.557, párr. 1.º). Sin embargo, esta misma libertad está sujeta a restricciones por efecto de la declarada inderogabilidad de algunas normas legislativas en las cuales se advierte un cierto carácter de orden público o algo que es necesario a la existencia misma de la institución: son estas las contenidas en los artículos 1.562, 1.563, 1.564 y se refieren a la libre disponibilidad del fundo por parte del enfiteuta sin obligación de prestación alguna, a la prohibición de la subenfiteusis, a la obligación del reconocimiento cada veintinueve años, a la facultad de redención.

Prescindiendo de la especial regulación a que convencionalmente las partes hayan sometido la relación, y abstracción hecha de las notables desviaciones introducidas por las disposiciones

transitorias para la aplicación del Código (artículos 29 y 32), referentes a las antiguas enfiteusis, constituídas bajo el imperio de las precedentes legislaciones, así como de las adaptaciones que las nuevas leyes han introducido en algunas regiones de Italia como la Basilicata, Sicilia y Cerdeña y, sobre todo, relativamente a las enfiteusis concedidas por Cajas y otros entes agrarios, las líneas generales de la relación enfiteútica, pueden ser trazadas.

d) *Derechos del enfiteuta*.—Corresponden al enfiteuta sobre el fundo concedido, facultades casi iguales a las de un propietario: sus obligaciones son solamente las de pago de la pensión y mejora del fundo. En su conjunto, estas facultades se resumen en el triple derecho de *goce*, de *disposición*, de *redención*: 1) Hace suyos todos los productos del fundo y las accesiones y ejerce los mismos derechos que tendría el propietario en lo que respecta al tesoro y a las minas descubiertas en el fundo enfiteútico (artículo 1.561), puede abrir nuevas minas, apropiándose de sus productos, y hacer suyo el tesoro. 2) Tiene la facultad de disponer del fundo enfiteútico, de sus accesiones, ya por actos *inter vivos*, ya por actos de última voluntad, enajenando libremente el propio derecho, sin hallarse obligado a obtener el previo consentimiento del concedente ni a pagar a éste el laudemio (o cualquiera otra prestación análoga), que en las antiguas enfiteusis representaba la compensación al obtenido consentimiento y el solemne reconocimiento del dominio directo (art. 1.562). Caídas en desuso en reconocimiento de la libre comerciabilidad una y otra restricción y con ellas (lo cual quizás sea excesivo cuando no origina obstáculos a la libre enajenación), el derecho de prelación, que antes aseguraba al concedente la facultad de ser en igualdad de condiciones preferido a todo otro adquirente. El único límite a la libre transmisión del derecho es la prohibición de concederlo, a su vez, en enfiteusis, constituyendo la llamada subenfiteusis (art. 1.562). El enfiteuta tiene, finalmente, derecho a redimir el fundo, mediante el pago de un capital en dinero, correspondiente al canon anual calculado sobre la base del interés legal o al valor del mismo canon, si éste se paga en especie, calculado por el precio medio que alcanzó ésta en los últimos diez años (art. 1.564). Sería nula toda renuncia a tal derecho como sería

también nulo cualquier pacto que tendiese a hacer más gravoso para el enfiteuta el ejercicio de la redención. Por esto, mientras se admite el convenir el pago de un capital inferior, está prohibido el pagar un capital mayor; por excepción cuando se trate de enfiteusis por tiempo determinado que no exceda de treinta años, se consiente fijar un capital superior con tal que el exceso no supere la cuarta parte del indicado (1).

e) *Obligaciones del enfiteuta.*—De las obligaciones que incumben al enfiteuta, algunas son contenido esencial de la relación, otras consecuencia directa del pleno goce a él concedido. 1) Esencial es la del pago del canon, que representa la retribución del disfrute, que debe ser una suma o una cantidad en especie. Se presume calculado sobre la base de la media norma de los productos anuales del fundo por un largo período y por esto no se halla sujeto a disminución o remisión por esterilidad o pérdida de los frutos (art. 1.559). No se reduce aunque el fundo resulte parcialmente destruído, cuando la renta de la parte que resta sea suficiente a pagar íntegramente el canon; cuando del fundo resulte destruída una parte importante, la ley consiente al enfiteuta el liberarse de la obligación, renunciando al propio derecho y cediendo el fundo al concedente (art. 1.560, párr. 1.º). 2) Esencial es también la obligación de mejorar el fundo, y si alguien lo discute y se habla de una obligación de no deteriorar, se olvida que el mejorar es considerado como elemento constitutivo de la relación en la definición del Código (art. 1.556) y que la inobservancia de tal obligación (no únicamente de la obli-

(1) Sobre el derecho de redención, tanto por lo que se refiere al canon enfiteúutico como por lo que respecta a las demás cargas que gravan los fundos (censos, diezmos, etc.), ver De Ruggiero, *Affrancazione* (*Diz. prat., Dir. priv.*). La regla de la libre redimibilidad ha sufrido una derogación por las leyes especiales para la Basilicata (ley de 31 de Marzo de 1904, núm. 140, art. 27) y para las provincias meridionales de Sicilia y Cerdeña (ley de 15 de Julio de 1907, núm. 383, art. 43), que privan al enfiteute en tales regiones del derecho de redención por un período de sesenta y noventa años respectivamente a partir de la fecha de la concesión enfiteúutica; ver también el Real decreto-ley de 15 de Julio de 1923, número 1.717, que consiente el pactar la renuncia a la redención por un período de cincuenta años.

gación negativa de no deteriorar) se trata del mismo modo que el incumplimiento de la obligación del canon, es decir, como causa del ejercicio del derecho de devolución (art. 1.556, número 2). 3) Es, finalmente, consecuencia de las reglas ordinarias de todo disfrute tan amplio la obligación del enfiteuta de pagar los impuestos prediales y las demás cargas que graven el fundo (artículo 1.558).

f) *Derechos del concedente.*—Los derechos que corresponden al concedente se hallan implícitamente determinados en las obligaciones que corresponden al enfiteuta; principales son la percepción del canon y la mejora del fundo. Además le corresponden dos importantes facultades. Una para mantener en vigor el propio derecho enfiteutico y defenderlo contra su posible extinción por prescripción de treinta años; para conseguir esto puede cada veintinueve años pedir el reconocimiento del propio derecho de quien se halla en posesión del fundo enfiteutico sin que se halle éste obligado a prestación alguna (art. 1.563). La otra (y este es el índice que más acusa su dominio) se da para recobrar el dominio en su plenitud y se manifiesta en el derecho de devolución; puede ser recobrada tal plenitud cuando el enfiteuta ha incurrido en mora en el pago de dos anualidades consecutivas y haya persistido en ella luego de la oportuna interpe-lación (1) o cuando haya determinado el fundo o no cumplido la obligación de mejorarlo (art. 1.565). Contra este derecho del concedente que en substancia corresponde a una acción reivindicatoria de la propiedad libre, puede ejercitar el enfiteuta la facultad de redención, que como se ha visto, prevalece en todo caso. Pero ejercitada la devolución, el principio general de restablecimiento del equilibrio patrimonial exige que al enfiteuta sean compensadas las mejoras que haya introducido en el fundo. La ley fija la medida de tal compensación en la menor suma entre lo gastado y lo mejorado al tiempo de entregar el fundo, si la devolución ocurre por culpa del enfiteuta; en otro caso, como

(1) En este sentido y no de otro modo debe interpretarse lo dispuesto en el art. 1.565, núm. 1, cuya redacción es, por cierto, muy poco feliz.

cuando se extingue la enfiteusis por cumplimiento del término, la compensación se satisface en la medida del valor de la mejora al tiempo de la entrega (art. 1.566).

g) *Extinción*.— Se extingue la relación enfiteútica por vencimiento del término cuando se trate de enfiteusis temporal y no perpetua; por la pérdida total del fondo (art. 1.560); por efecto del ejercicio de la devolución y de la redención; por prescripción y por expropiación por causa de utilidad pública.

II. *Superficie*.—Entendiendo por *superficies* no ya el plano superior y visible del suelo, sino todo lo que sobre éste se construye, admitieron los romanos entre las figuras de las *iura in re aliena* un derecho de superficie correspondiente a quien en suelo ajeno y por concesión del propietario hubiese construido un edificio; derecho real enajenable y transmisible a los herederos que atribuía a perpetuidad o por largo tiempo el pleno goce de la construcción por el pago de un canon anual (*solarium*) el cual podía consistir en una suma pagada de una vez para siempre o incluso faltar tal canon cuando la concesión hubiese sido hecha *donationis causa*. Surgido primeramente en el Derecho público con ocasión de las concesiones que para edificar en el suelo del Estado y de las ciudades eran hechas a los particulares, y extendido luego a los terrenos privados, la institución de la superficie representó una atenuación introducida por el Pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria, por virtud del cual, todo cuanto se construyese o instalase en el suelo ajeno, caía necesariamente en el dominio del propietario del suelo, aquel principio que impidió la concepción de una propiedad dividida por planos horizontales y que ni siquiera destruyó la institución de la superficie porque si de la concesión nacía un derecho real y al superficiario le concedía una defensa análoga a la *rei vindicatio*, quedaba subsistente el que la propiedad del edificio no pudiera pertenecer a persona que no fuera el propietario del suelo (1).

(1) Ver para los textos romanos el título del Digesto 43, 18; y en cuanto a la literatura especial Wächter, *Das Superficial o der Platzrecht*, 1866-68; Degenkolb, *Platzrecht und Mieth*, 1868; Baviera, *Il diritto del su-*

Como es sabido, por influjo del Derecho intermedio el Derecho moderno no ha acogido una concepción tan rigurosa y absoluta de la *accessio*, esta es causa de la adquisición de la propiedad en los casos examinados a su tiempo y cualquier construcción, plantación u obra sobre el suelo o debajo del suelo se presume hecha por el propietario a sus expensas y, por tanto, de su pertenencia; pero tal presunción puede venir destruída por la prueba contraria (art. 448) porque nada impide actualmente una división de la propiedad en planos horizontales; es más, figuras típicas como las de edificios que pertenecen por pisos a distintos propietarios, son expresamente previstas y disciplinadas por el Código (1).

De esto y de no haberse hecho mención de la superficie han surgido vivas discusiones, no ya sobre los caracteres y sobre la naturaleza sino hasta sobre la existencia misma del derecho de superficie en nuestro ordenamiento (2). Opinan en efecto algunos que si el rigor del principio de la *accessio* fué causa de que surgiera la superficie, ésta no tiene ya razón de ser, luego que aquel principio fué alterado, cesada la necesidad de configurar como un especial *ius in re aliena* el goce que otro tuviera de un edifi-

perficiario (*Scritti giur.*, 1909, pág. 187 y siguientes). Sobre el derecho intermedio, ver Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medioevo* (*Riv. dir. civ.*, VII, 1915, pág. 427 y siguientes).

(1) El origen del concepto del *dominium divisum*, es debido especialmente al derecho germánico que admitía la propiedad del edificio o del árbol separado de la del suelo; ver Stobb, *Deutsches Privatrecht.*, II, pág. 56. Pero también derechos de la antigüedad como los de Egipto, Siria y Palestina los conocieron.

(2) Ver Coviello N., *Della superficie* (*Arch. giur.*, II, 1892, pág. 3 y siguientes); *Delle concessione ad aedificandum* (*Foro it.*, 1893, pág. 10 y siguientes); Lucci, *Del diritto di superficie*, *Arch. giur.*, LI, 1893, pág. 251 y siguientes, III, 1894, pág. 500 y siguientes); Gabba, *Della superficie in dir. it.* (*Giur. it.*, 1897, I, pág. 689 y siguientes); Simoncelli, *Dei diritti dell'enfiteuta e del conduttore, che non trascrissero, sullem inigliorie* (*Foro it.*, 1900, pág. 62); Galluzzi, *Saggio di una teoria sul diritto di superficie* (*Filang. XXIX*, 1904, pág. 881 y siguientes); Benettini, *Il diritto di superficie nella legisl. vigente* (*Legge*, 1910, pág. 759 y siguientes); Filomusi-Guelfi, *Della superficie* (*Scritti per Simoncelli*, pág. 239 y siguientes).

cio no propio, ya que construído por él en virtud de una concesión particular del propietario del suelo la relación se reduciría en suma a la más simple de las propiedades separadas. No se trata, pues, de un *ius in re aliena*, sino de una propiedad del edificio en uno y de una propiedad del suelo en otro.

Pero este modo de considerar la relación es unilateral y vicioso. Ciertamente que la relación entre superficiario y construcción ha cambiado y de derecho sobre cosa ajena se ha convertido en derecho de propiedad. Pero además debe ser tenida en cuenta la relación entre el superficiario y el suelo sobre el que está el edificio. Esta segunda relación que algunos consideran comprendida en la primera y que por ello es calificada también como relación de propiedad, es, por el contrario, totalmente distinta de éste. Considerarla como una relación de propiedad afirmándose que la propiedad del suelo implique un derecho igual sobre el suelo limitadamente a la parte sobre que está el edificio y en cuanto éste existe, no sería correcto porque el dominio del suelo no se transfiere al superficiario. La concesión *ad aedificandum* no confiere más derecho que el de construir sobre el área ajena y de mantener perpetua o temporalmente en ella la construcción; lógicamente por esto la relación no puede configurarse más que como una servidumbre predial y más propiamente como una *servitus oneris ferendi* que obliga al propietario del suelo a soportar la carga del edificio ajeno.

De todo esto resulta que si de un derecho de superficie como fué construído por la doctrina romana, no puede hablarse en nuestro ordenamiento, se puede, sí, considerar como una relación compleja en que al lado de la propiedad de suelo se da un derecho real de servidumbre a favor del propietario de aquél. Y no es figura de importancia meramente doctrinal; tiene importancia y eficacia práctica, especialmente para las construcciones que en los terrenos públicos la autoridad autoriza ejecutar a los particulares y sirve para definir el derecho que corresponda a los concesionarios de ferrocarriles por lo que respecta a los rai-les instalados a lo largo de los caminos públicos, a los particulares sobre las tumbas y monumentos en los cementerios, a los

propietarios y concesionarios de palcos en el teatro o bancos en las iglesias, etc. (1) (2).

(1) Ver Gabba, *Nature giur. del diritto di palco* (Quest. dir. civ., segunda edición, pág. 170 y siguientes; Benettini, *Sul diritto di banco in chiesa* (Giur. it., 1916, 1, 2, pág. 385 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Enfiteusis*.—La enfiteusis en el Código civil español está regulada por los artículos 1.628 y siguientes. Al constituirse se fijará, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse (art. 1.629).

Su objeto son los bienes inmuebles—rústicos o urbanos—(art. 1.628 del Código civil español).

Derechos del censalista:

- 1.º A cobrar la pensión.
- 2.º A cobrar el laudemio (art. 1.644 y 1.646 sobre prescripción de la acción para pedirlo). También art. 1.931 expropiación de la finca).
- 3.º A exigir el reconocimiento de su derecho (art. 1.647).
- 4.º A ejercitar los derechos de tanteo y retracto (art. 1.636).

Derechos del enfiteuta:

- 1.º Hacer suyos los productos de la finca y de sus accesiones, teniendo iguales derechos que el propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica (art. 1.632).
- 2.º Derecho de disposición del predio enfiteútico y accesiones, tanto *inter vivos* como *mortis causa* (art. 1.633).
- 3.º Gravar la finca enfiteútica con la limitación, cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de obtener previamente expreso consentimiento del dueño (art. 1.634).
- 4.º Donar o permutar libremente la finca poniéndolo en conocimiento del dueño directo (art. 1.635).
- 5.º A ser indemnizado por las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca (art. 1.652).
- 6.º A ejercitar los derechos de tanteo y retracto (artículos 1.636 a 1.640).

Sobre extinción de la enfiteusis: artículos 1.651 y 1.627.

Derecho de superficie. En el Código civil español no se establece tampoco el régimen jurídico de la superficie, pero no ha sido totalmente silenciado este derecho. En el art. 1.611, al ocuparse de la redención de los censos y más especialmente de los foros, subforos y otros gravámenes semejantes, le dedica una mención que, como dice el doctísimo maestro Jerónimo González, es casi un epitafio. («El Derecho real de superficie»; Conferencias pronunciadas en la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho de Madrid y publicadas por ésta. Suárez. Madrid, 1922, pág. 8).

CAPITULO XV

Derechos reales de garantía

§ 62.—*Nociones generales*

Brugi, Ist. § 50; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 352; Chironi, Ist. I, §§ 206-213; Zachariae, Man. II, §§ 226-227; Aubry et Rau, Cours. III, § 256; Planiol, Traité, núm. 2,388 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, 224-226 (1).

De los derechos en cosa ajena hasta aquí examinados se distinguen netamente los de garantía, cuya función consiste en asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito confiriéndole un poder especial sobre lo cosa dada en garantía. Falta aquí, en efecto, aquella facultad de goce más o menos extenso que es el normal contenido de aquellos, ya que aun cuando conceden al

(1) Sobre la materia tratada en este capítulo ver para la prenda y la hipoteca en derecho romano y greco-egipcio, Bachofen, *Das vom Pfandrecht*, 1847; Dernburg, *Das Plandrecht nach den Grundsätzen des hent. vom Recht*, 1860-64; Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno, 1887; Huzen, *Origine de l'hypothèque romaine*, París, 1899; Fehr, *Beiträge zur Lehre vom. röm. Plandrecht in der klass zeit*, Upsale, 1910, *Ermann Pignus hypotecae* (Mel. Girard, I, pág. 149 y siguientes); Ebrard: *Die Digesten fragmenten ad formulam hypothecariam und die hypotheca reception*, Leipzig, 1917; Weiss, *Plandrechtliche Untersuchungen*, Weimar, 1909; *Manigk Gräko ägypt. Pfandrecht* (*Zeitsch. f. Sav. Stift.*, XXX, página 272 y siguientes); Schwarz, *Hypothek und Hypallagma*, Leipzig, 1911; Egger, *Vermögenhaftung und Hypothek*, Breslan, 1903; para el derecho civil italiano: Pochintesta, *Dei privilegi ed ipoteche sec. il. Cód. civ. it.*, Torino, 1880; Luzzati, *Dei Privilegi e delle ipoteche*, Torino, 1884; Chironi, *Tratt. dei Privilegi delle ipoteche e del pegno*, 2.^a ed., Torino, 1917; Bianchi, Em., *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito*, Napoli, 1894; Pacifici-Mazzoni, *Tratt. dei privilegi e delle ipoteche*, 3.^a ed., Florencia, 1898 y 1904. Otras obras especiales se indicarán más adelante.

acreedor la posesión de la cosa como ocurre con respecto a los muebles en la prenda, los derechos reales de garantía no autorizan nunca a usar de la misma y menos aún a apropiarse los productos de la cosa (salvo el caso de la prenda de crédito fructífero); de modo que en este aspecto aparecen menos enérgicos atacando con menos fuerza el derecho ajeno de propiedad. Pero contrariamente en orden a la facultad de disposición, son más enérgicos que aquéllos, dirigidos a satisfacer con su valor un crédito, su ejercicio conduce a la destrucción del derecho de propiedad por la facultad conferida al acreedor de promover la venta judicial de la cosa y pedir que se le asigne su valor. Difieren además porque mientras aquellos son autónomos, *per se stantes* por tener una función económica que es fin en sí, los derechos de garantía son, por su naturaleza, accesorios de otros derechos, presuponen otra relación a la que sirven precisamente de garantía. No pueden, pues, ni surgir ni existir sin crédito, siendo, por lo demás, indiferente que éste se dé entre el que constituye la garantía y el acreedor o entre el acreedor y un tercero a quien otro preste la cosa propia para que se sirva de ella con objeto de ofrecer garantía al acreedor. Nacidos ya tales derechos siguen la suerte del crédito, del cual son accesorio, condicionados o a término si la relación obligatoria se halla sujeta a condición o a término, resolubles o anulables si el crédito está sujeto a resolución o anulación, no se transmiten separadamente de éste ni pueden sobrevivir cuando éste se haya extinguido precisamente porque no tienen vida autónoma o independiente de la obligación cuya satisfacción o cumplimiento aseguran. Esto no significa que en sus condiciones objetivas de constitución y existencia estos derechos no tengan vida propia y no constituyan relaciones jurídicas reguladas por normas propias independientes de las que regulan el crédito; el carácter accesorio debe entenderse en el sentido de que la función y el fin (no la intrínseca naturaleza jurídica) no son independientes de la existencia de una obligación (1).

(1) El principio va entendido y aplicado como criterio general y, por tanto, no rigurosamente. Otros derechos positivos por el contrario lo han, sino desconocido, por lo menos modificado tan profundamente, que pue-

Son derechos reales de garantía según nuestro ordenamiento, la hipoteca y la prenda (1).

La hipoteca tiene por objeto, las cosas inmuebles, y excepcionalmente los bienes inmuebles, las rentas del Estado; la prenda solamente recae sobre cosas muebles. Una se verifica sin desplazamiento de la posesión del inmueble, el cual continúa en el propietario (o el que constituyó la hipoteca) siendo demostrada la existencia del vínculo con relación a los terceros, merced a la inscripción en los registros hipotecarios destinados a producir para la hipoteca aquella publicidad de los derechos reales inmobiliarios que se consigue mediante la transcripción en orden a los demás; la otra se constituye mediante la entrega de la cosa en manos del acreedor substituyéndose la publicidad del vínculo, en este caso impracticable, porque no existe un registro para las cosas muebles, por el desplazamiento de la posesión que es transferido por el deudor o constituyente de la prenda al acreedor y hace que sea eficaz con relación a terceros.

Su carácter real consiste en que confiere al acreedor, sobre la cosa objeto de la prenda o de la hipoteca, un señorío especial en virtud del cual el titular puede perseguir la cosa y reclamarla de un tercer poseedor cualquiera para hacer con esto valer la titu-

de asegurarse que para ellos el carácter accesorio ha sido borrado como principio general: así, por ejemplo, el derecho hipotecario germánico, en el que se ha admitido la hipoteca independiente del crédito ya cuando se constituye, ya en su existencia, de modo que no sólo una vez constituido puede subsistir aunque se haya extinguido el crédito y es libremente transmisible sin él (B. G. B. §§ 1.117-1.154) sino que es también posible una hipoteca que nazca sin existir un crédito como la hipoteca del propietario sobre sí mismo (§ 1.163). Esto es debido al ordenamiento de los libros fundiarios por virtud del cual la inscripción en ellos es causa necesaria y suficiente de la existencia autónoma e independiente del derecho real.

(1) Se discute si debe aquí citarse el derecho de retención que es considerado por algunos autores como derecho real de garantía. En nuestra opinión no es admisible tal consideración por las razones que se examinarán en su lugar oportuno cuando se hable de las garantías de las obligaciones (vol. II, § 76). Tampoco figuran en esta categoría los privilegios mobiliarios o inmobiliarios, generales o especiales por las razones que se expondrán más adelante.

laridad creditoria y los derechos de preferencia con relación a otros acreedores que la ley le asegura en el concurso con varios de éstos. No falta este carácter real en la prenda, por el hecho de que limitándose ésta a las cosas muebles, se aplica aquí la regla según la cual, la posesión produce a favor de los terceros de buena fe el mismo efecto que el título, de forma que la persecución de la cosa por el acreedor pignoraticio, no es posible ya con relación a los terceros poseedores de buena fe; queda íntegro en principio el carácter real y produce todos sus efectos en los casos en que la regla no tiene aplicación; por tanto si sufre limitaciones son las mismas a que se halla sujeta la propiedad mobiliaria y la correspondiente acción reivindicatoria por efecto del susodicho principio.

Es, pues, este carácter real del derecho conferido al acreedor lo que distingue a los derechos de prenda y de hipoteca, no sólo de toda otra garantía personal (como la fianza, en la que otra persona se vincula al acreedor para satisfacer la obligación cuando el deudor no la satisfaga, art. 1.898) y de aquella sujeción de todos los bienes del deudor a los créditos de los acreedores, de la que puede decirse que el patrimonio íntegro del deudor, mobiliario e inmobiliario, constituye la garantía común de sus acreedores (artículos 1.948-1.949), sino además de aquellos *privilegio exigendi* que creando entre varios acreedores concurrentes en el mismo patrimonio causas legítimas de prelación, atribuyen a algunos por la calidad del crédito y por la causa del mismo una razón de preferencia respecto de los demás.

El principio general de que los acreedores tienen todos iguales derechos en el patrimonio del deudor cuyos bienes, presentes o futuros, representan la garantía universal y común, sufre restricciones y templanzas cuando la ley concede a algunos de aquéllos una razón de preferencia por una causa legítima de prelación. Y causas legítimas de prelación son, según la ley, los privilegios y las hipotecas (art. 1.950). Es el privilegio un derecho de prelación que la ley concede en atención a la causa del crédito (art. 1.552) y tiene la virtud de hacer preferente el crédito con relación a otro acreedor, incluso hipotecario, mientras que entre varios créditos privilegiados se da el concurso en pro-

porción al importe de los créditos (art. 1.954). Y pueden haber privilegios generales y privilegios especiales sobre cosas muebles (art. 1.955), comprendiendo aquéllos todo el patrimonio mobiliario del deudor, relativos éstos a determinados muebles en forma que fuera del valor de estos muebles determinadamente afectos, el crédito pierde respecto al patrimonio restante el favor que la ley le concediera; pueden darse privilegios especiales (nunca generales) sobre los inmuebles.

Ahora, si entre las causas legítimas de prelación están las hipotecas, y si entre los privilegios sobre muebles se cita la prenda (art. 1.958, núm. 6), ni se debe creer que todos los privilegios sean derechos reales de garantía, ni que a la prenda, comúnmente con los demás privilegios sobre muebles, se adopte la definición citada del privilegio considerado como derecho de prelación concedido en atención a la causa del crédito. La prenda se destaca de las demás causas de prelación porque la preferencia concedida al acreedor pignoraticio no deriva de la calidad del crédito ni de la causa del mismo, sino de la convención de las partes que puede otorgar la preferencia a una especie de crédito cualquiera salvos siempre los privilegios a los que la ley confiere prioridad. Y no tienen ciertamente carácter real los privilegios especiales sobre muebles que se reducen a meros *privilegio exigendi* sin conferir poder inmediato sobre la cosa. Pueden a lo sumo los privilegios sobre inmuebles ser considerados como hipotecas privilegiadas, y los privilegios especiales sobre muebles, como dotados de carácter real. Pero lo cierto, a nuestro juicio, es que todos los privilegios se distinguen de la prenda y la hipoteca en que no constituyen, como éstas, derechos reales; diversamente del Derecho francés según el cual a los privilegios puede ser reconocido carácter real, en nuestro Derecho el privilegio, tanto mobiliario como inmoviliario, es un simple derecho de prelación por razón de la causa del crédito; es, por tanto, una cualidad del crédito enlazada a su causa, y que si bien en el concurso con un derecho de prenda o de hipoteca puede vencer a éstos, no asume, sin embargo, el carácter de derecho real (1).

(1) La cuestión es discutida; algunos creen que el privilegio es un derecho real; ver Bianchi, *Privilegi*, núm. 75; Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 355.

En directa relación con su función de garantía está la norma común a estos dos derechos y a los privilegios en general de la subrogación de la cosa por su precio y del traspaso del vínculo en ésta a aquél, cuando por perecimiento o deterioro de la cosa, o por expropiación por causa de utilidad pública, o por servidumbres impuestas por la ley venga sustraída la cosa total o parcialmente a su propietario o disminuya el disfrute de la misma subrogándose entonces con el precio. En todos estos casos el derecho del acreedor se ejercita por disposición del art. 1.951 sobre los premios debidos por los aseguradores (a no ser que se empleen en reparar la pérdida o deterioro) y sobre las sumas pagadas por indemnizaciones, por expropiación forzosa o imposición de servidumbres legales, conservando cada acreedor el grado que la ley asignaba a su respectivo crédito.

§ 63.—*Prenda*

Brugi, Ist. § 50; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 414; Chironi, Ist. I, §§ 243, 245 y 247; Zachariae, Man. I, §§ 267-270; Aubry et Rau, Cours. IV, §§ 432-435; Planiol, Traité II, número 2.388 y siguientes; Windscheid. Pand. I, 2, §§ 226-249 (1).

Del derecho de prenda, cuya disciplina se halla colocada en el Código entre los contratos por considerarse éstos la fuente principal de donde aquél deriva, es decir, la convención de las partes, no contiene el Código una definición, pero puede deducirse de la que da el mismo del contrato de prenda en los artículos 1.878 1.879. Es un derecho real sobre cosa mueble ajena cuya posesión es transferida al acreedor para seguridad de su crédito con la facultad de satisfacer su crédito con su valor con preferencia a otro acreedor.

a) *Objeto* de este derecho es la cosa mueble de cualquiera especie con tal que no estén sustraídas al comereio y sean sus-

(1) A más de las obras citadas en el § 62, ver Troplong, *Du nantissement*, Bruxelles, 1874; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Du nantissement*, París, 1895; Guillouard, *Nantissement et droit de retention*, París, 1895, Janunzzi, *Studi sul pigno* (Filang, 1880, pág. 188 y siguientes).

ceptibles (si no se han constituido en dinero) de ser enajenadas y satisfacer así con su valor de cambio el crédito que garantizan.

Esta cualidad mobiliaria del objeto y la necesidad para la existencia del vínculo de transferir la posesión a manos del acreedor con todas las consecuencias que de esto derivan, distinguen marcadamente la prenda de la hipoteca, cuyo objeto (excepción hecha de las rentas sobre el Estado) son únicamente los inmuebles en los que la posesión no sufre desplazamiento por la constitución del vínculo. Se diferencian así en Derecho moderno ambas instituciones que en el Derecho romano vinieron confundidas tanto que Marciano podía escribir: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (1). Eran el *pignus* y la *hypotheca* nombres distintos de un mismo vínculo que lo mismo podía referirse a los muebles que a los inmuebles y sólo en un sentido más estricto se designaba como *pignus* el vínculo acompañado de traspaso de posesión a manos del acreedor con *hypotheca*, el que no ofrecía tal desplazamiento (*proprie pignus dicimus*—escribía ya Ulpiano (2)—*quod ad creditorem transit hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*), con Justiniano se comienza a aludir a la naturaleza mobiliaria de la cosa en el *pignus*, aunque sin elevarla a la categoría de requisito esencial o natural (3).

Pueden, por tanto, ser objeto de la prenda no sólo las cosas muebles materiales, sino también los derechos, los créditos (4),

(1) Fr. 5. § 1, D. 20. 1.

(2) Fr. 9. § 2. D. 13. 7.

(3) Párrafo 7, Ist. 4. 6. *Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nom de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est nom pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit at eam quae sine traditione nuda conventionem tenetur, proprie hypothecae appellatione continere dicimus.*

(4) La figura jurídica de la prenda sobre crédito (*pignus nominis*) ha originado construcciones varias. ¿Hay que ver en ella un derecho real sobre un derecho de crédito o la cesión condicionada de un crédito hecha con un fin de garantía? Ver Claps, *Studi sulla nature giur. del pegno*

títulos, fondos comerciales (1) y otras *universitates* y sólo varían respecto a éstos los requisitos de existencia y los efectos.

b) *Requisitos*.—Si se prescinde de las condiciones indicadas, de la existencia de un crédito a garantizar y de la naturaleza mueble del objeto, los demás requisitos de la prenda son: la capacidad del constituyente, la entrega de la cosa con intención de producir una razón de prelación a favor del acreedor, una forma determinada (por lo menos con relación a algunas categorías de prenda).

a) Por regla general, sólo puede constituir prenda el propietario de la cosa y en cuanto a la relación obligatoria que debe garantizar, suele constituirla el propio deudor, aunque nada impida que la prenda venga constituida por un tercero (artículo 1.883).

Tratándose por demás de cosas muebles, se aplica aquí la norma general del art. 707; por tanto, basta la legitimación de quien constituya el vínculo real como poseedor de buena fe de la cosa que se pignora (2).

β) Condición esencial para que surja el derecho real de prenda es que se dé la posesión de la cosa al acreedor y sea mantenido en tal posesión; pero a la posesión del acreedor se equipara la de un tercero cuando éste haya sido a tal efecto elegido por las partes (art. 1.882). La función que este traslado de posesión realiza es la de hacer cierto e indudable frente a terceros el estado jurídico en que por efecto del vínculo viene a hallarse la cosa; sustituye aquellas formas de publicidad que para los inmuebles ofrecen los registros hipotecarios y tiene, por tanto, la misma función que en orden a las hipotecas tienen las

dei crediti (*Arch. giur.*, 1896, pág. 454 y siguientes); Polacco, *Obbligazioni*, 2.^a ed., pág. 56; Cogliolo, *Il pignus nominis nel dir. it.* (*Scritti vari*, página 310 y siguientes); Horn, *Rechte als objecte des Pfandrechts*, 1897.

(1) Sobre el contenido de la prenda de una hacienda comercial, ver Navarrini, *Studi sull'azienda comm.*, Modena, 1901; *Tratt. dir. comm.* II, página 324 y siguientes; Magri, *Il pegno di una azienda comm.*, 1914; Castelli-Avolio, *L'azienda comm.*, pág. 194 y siguientes.

(2) En cuanto al caso de prenda sobre cosa ajena en el derecho comercial, ver Papa, *Saggis sul pegno di cosa altrui* (*Dir. comm.*, 1915, I, página 449).

inscripciones. Este traslado de posesión se efectúa para el crédito cedido en prenda mediante la consignación del documento que prueba el título (art. 1.538). Pero en uno y otro caso la posesión debe ser efectiva y perdurar en el acreedor; de la regulación de la propiedad mobiliaria deriva que cuando tal posesión se pierda se extingue el derecho real de garantía salvo los casos de extravío o de hurto, en los cuales, como al propietario, así también al acreedor pignoraticio ofrecen auxilio los artículos 708, 709 y 2.146 del Código civil (1).

γ) Precisa, finalmente, para que sea determinado el importe de la deuda por la que la cosa se vincula e identificado el objeto constituido en prenda que ésta resulte de acto público o de escritura privada que contengan la declaración de la suma debida y la indicación de la naturaleza y especie de la cosa, describiendo sus cualidades y consignando su peso (art. 1.880). A la necesidad de tal requisito escapan solamente las prendas cuyo valor no exceda de 500 liras. Pero lo exige siempre, cualquiera que sea el importe, la prenda de crédito, y a más de la reducción a forma escrita del acto, se requiere la notificación de éste al deudor del crédito pignorado (art. 1.881); notificación que se propone el que el deudor conserve la suma, prohibiéndole el pago al primitivo acreedor y que puede naturalmente ser substituída por la aceptación espontánea del deudor. Entre éste y el precedente requisito relativo a la posesión hay substancial diferencia, pues mientras la falta de posesión constituye un obstáculo para que surja el derecho real, la falta del acto escrito no priva al acreedor pignoraticio del derecho de retener la cosa, sino que no le es asegurada aquella prelación con respecto a terceros que el derecho perfecto originaría.

c) *Efectos*.—Los efectos que el derecho de prenda produce deben ser considerados en relación al acreedor pignoraticio de una parte y en relación al deudor de otra, y puesto que aquí se

(1) No es inconcebible que sobre un mismo objeto se constituyan dos prendas simultáneas; así, por ejemplo, si el primer acreedor que tiene en su poder la prenda, consiente en tener la prenda en interés de un acreedor sucesivo; ver Chironi, op. cit., I, núm. 302; Navarrini, Tratt. II, página 336 y siguientes, 385 y siguientes.

trata de la prenda tan sólo en su aspecto de derecho real, dejaremos por ahora todo cuanto se refiere a la particular disciplina del contrato relativo.

a) *Derechos y obligaciones del acreedor.*—Dado el fin a que tiende el derecho y su naturaleza real, corresponde ante todo al acreedor pignoraticio la facultad de retener la prenda y de perseguirla contra cualquier tercero (en los límites en que la *persecution erga omnes* sea posible a tenor del art. 707) hasta que sea satisfecho en su crédito. Pero la posesión—cuya función consiste en dar vida al derecho y hacerlo eficaz contra terceros—no confiere al acreedor poder alguno de disposición o de goce de la cosa pignorada: le está prohibido el usar de la cosa (1) y apropiarse sus frutos, así como el disponer de ella aun por falta de pago. Sólo en la prenda de crédito, cuando éste sea productivo de intereses, tiene el acreedor, por regla general, poder o facultad de percibirlos, pero debe imputarlos a los que le sean debidos cuando la deuda por cuya seguridad se constituyó la prenda los produzca también; en caso contrario se imputan al capita (art. 1.886).

Única facultad concedida al acreedor es la de provocar la ejecución en la cosa por la autoridad judicial para que sobre aquélla o su valor se pueda, con preferencia a los demás acreedores, hacer efectivo el crédito privilegiado. Y dos son los medios ofrecidos por la ley: el acreedor puede pedir, o que la prenda sea vendida en pública subasta y le sea asignado el precio en cantidad igual al importe de su crédito, o bien que el objeto pignorado le sea adjudicado en pago hasta la concurrencia de su crédito según la estimación pericial que del valor de aquél se haga (art. 1.884). Toda otra forma de hacer efectivo el crédito es prohibida por la ley, que no sólo no consiente al acreedor el

(1) Sin embargo, puede ser conferida la facultad de servirse de ella; y si la prenda recae en cosa fungible (prenda irregular) en tal caso la propiedad de la cosa pasa al acreedor pignoraticio con la obligación de restituir el *tantundem*. A propósito, ver Claps, *Del pegno irregolare* (*Arch. giur.*, 1896, pág. 454 y siguientes; Navarrini, *In tema di pegno irregolare* (*Riv. dir. comm.*, 1913, II pág. 523); La Lumia, *Pegno irregolare e sconto* (*ib.* 1914, II, pág. 509 y siguientes).

apropiarse la prenda o enajenarla por propia iniciativa, sino que prohíbe todo pacto (libremente consentido) que autorice al acreedor a apropiarse la prenda cuando, vencido el crédito, no haya sido satisfecho o como quiera a disponer de ella sin la intervención de la autoridad judicial (art. 1.884, párrafo 1.º) (1).

Tanto el derecho a la posesión como la razón de preferencia a todo otro acreedor corresponden al titular de la prenda, no sólo por el capital debido, sino también por sus accesorios, como son intereses y gastos que aquélla ocasione (art. 1.888).

El derecho de prenda se extiende más allá del crédito, por cuya seguridad aquélla se constituyó y cubre los ulteriores créditos que el titular haya adquirido posteriormente con el mismo deudor. Aceptando la doctrina romana que concedía al acreedor una excepción de dolo contra el deudor que, satisfecha su deuda, reclamase la restitución de la prenda, habiendo contraído nuevas deudas sin una especial garantía (2), el Código confiere al acreedor la facultad de retener la prenda cuando, posteriormente a la constitución de la misma y tradición de la cosa se hubiese contraído una nueva deuda entre las partes y ésta resulte exigible antes que se pagase la primera, aun no habiéndose convenido expresamente el afectar la prenda al pago de la segunda deuda (art. 1.888, párrafo 1.º). Se debe en tal caso reputar, contraída la segunda deuda, en el supuesto de que fuese garantizada por la prenda ya constituida, no siendo presumible que quien no tuvo confianza en la persona del deudor por la primera deuda, la haya tenido por la segunda; de aquí la natural consecuencia que tal extensión no se opera cuando la segunda deuda haya sido garantizada especialmente con nueva prenda.

Subsiste, por tanto, el derecho de prenda en tanto el acreedor no haya sido satisfecho en todos sus créditos y aun cuando responda de una fracción mínima del crédito se deduce que la prenda es indivisible no obstante ser divisible lo debido. Esto

(1) En este pacto la llamada *lex commissoria* de las fuentes romanas, cláusula contractual con la que el acreedor pactaba que vencida la deuda la prenda debía caer en su propiedad, en un cierto momento fué prohibida por el derecho romano.

(2) Ver c. 1, § 2; c. 8. 26. (27).

produce el efecto que aun cuando la cosa pignorada sea divisible, ninguno de los sucesores del deudor puede reclamar la restitución de la prenda o de la parte que en la misma le corresponda por su cuota de deuda, aun cuando él la haya pagado, si no ha sido la deuda totalmente satisfecha, y viceversa no puede uno de los sucesores del acreedor perjudicar el derecho de los demás coherederos restituyendo la prenda al deudor sólo porque haya sido satisfecho en su cuota de crédito, no habiendo sido pagadas las restantes (art. 1.889).

) *Derechos y obligaciones del constituyente.*—Incumbe al deudor, o al tercero que por el deudor constituyó en prenda la cosa propia, la obligación principal de entregar al acreedor o al tercero que haya sido eventualmente elegido, la cosa pignorada, manteniéndola en la posesión en tanto la deuda no se haya extinguido totalmente. Tiene derecho a exigir la restitución cuando el acreedor haya sido satisfecho y es protegido en todo caso contra el abuso que aquél haga de la cosa por la facultad que le es concedida de pedir que la prenda se constituya en secuestro (art. 1.887) y sustraída así mediante la entrega a otro a los peligros de destrucción o deterioro a que resulta expuesta por el abuso del acreedor, el cual, sin embargo, por efecto del secuestro, no pierde el derecho real ni la razón de su prelación. En otro respecto, conserva íntegros los poderes dominicales sobre la cosa de la que puede disponer y gozar en los límites en que resulta consentido por el derecho del acreedor pignoraticio y la posesión que a éste corresponde; hace suyos los frutos y productos de la cosa y adquiere los incrementos o accesiones.

a) *Extinción.*—De los modos por los que el derecho de prenda se extingue, algunos son comunes a toda otra especie de derecho real, como el perecimiento de la cosa, vencimiento del término, cumplimiento de la condición bajo la cual fué constituido, la renuncia del titular o la reunión en una misma persona de la propiedad de la cosa y de la titularidad del crédito; otros son especiales a la naturaleza de la relación y dependen de que cese uno de los requisitos o supuestos de tal derecho o bien de haberse conseguido el efecto a que el derecho tendía. Se extingue cuando la obligación haya sido satisfecha totalmente o por

cualquiera otro motivo no subsista ya el crédito; cuando haya cesado la posesión de la cosa pignorada o cuando habiéndose perdido no pueda obtenerse la reintegración en la misma, según el art. 2.146; cuando se haya procedido a la venta judicial o a la adjudicación.

De la prenda, tal como se halla regulada en el Código civil, difieren por el modo de constitución otras especies de prenda, singularmente la comercial, que se distingue de la civil por la naturaleza del crédito. Normas particulares dicta para ésta el Código de Comercio en los artículos 454 y siguientes; se regula la prenda de letras de cambio y de títulos a la orden, de acciones y obligaciones de sociedades mercantiles o civiles, de mercancías depositadas en los almacenes generales (art. 461 y siguientes), de naves (art. 485 y siguientes); otras leyes disciplinan la prenda en los establecimientos públicos autorizados a hacer préstamos sobre prenda, como la ley del 14 de Mayo de 1898 para los Montes de Piedad.

Estas leyes y los reglamentos especiales no son derogadas por las disposiciones del Código civil (art. 1.890), como tampoco el Código de Comercio deroga las normas especiales referentes a los Bancos y demás instituciones autorizadas a hacer anticipos y préstamos sobre depósitos y prendas (Código de Comercio, art. 460) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*De la prenda.*—Nuestro Código civil se ocupa de la prenda en su libro II, destinado a regular las obligaciones y los contratos. Sin embargo, su aspecto más interesante es el de derecho real de garantía de una obligación principal. Su objeto son las cosas muebles que están en el comercio y son susceptibles de posesión (artículos 106 de la ley Hipotecaria y 1.864 del Código civil).

El acreedor tiene derecho a retener la cosa en su poder o en manos de tercera persona hasta que se le pague el crédito, debiendo cuidar de ella con la diligencia de un buen padre de familia; no pudiendo usar de ella sin autorización de su dueño y si lo hiciera o abusara de ella en otro concepto, puede pedir el dueño que se constituya en depósito (artículos 1.866, 1.867 y 1.870 del Código civil español). El sistema de nuestro Código en este último extremo es igual al del italiano y contrario al del francés.

Las notas diferenciales entre la prenda y la hipoteca se desvanecen cada vez más.

A la más típica que las diferencias por el objeto, bienes inmuebles en la hipoteca (art. 1.874) y muebles en la prenda (art. 1.864) hay que formular una objeción derivada del Real decreto de 22 de Septiembre de

§ 64.—*Hipoteca*

Brugi, Ist. § 50; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 448 y siguientes; Chironi, Ist. I, §§ 214, 240 y 246; Zachariae, Man. II, §§ 234-265; Aubry et Rau, Cours. III, §§ 257-259 bis; Planiol, Traité III, núm. 2.644 y siguientes (1).

Los precedentes inmediatos del ordenamiento actual de las hipotecas, tal como lo ofrece la amplia y minuciosa disciplina

1917 sobre prenda agrícola, según el cual puede ésta recaer sobre el *arbolado, los frutos pendientes, máquinas y aperos* (art. 1.º del Real decreto) que el art. 334 del Código civil enumera como bienes inmuebles. De manera que al menos *legalmente* tenemos una categoría de prenda, que tiene por objeto bienes inmuebles. Viceversa por virtud de lo dispuesto en el art. 1.º de la ley de Hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893, ésta puede constituirse sobre buques que son bienes muebles por naturaleza.

Para intentar—tan sólo—sortear estos inconvenientes, la ley tiene que recurrir a artificios inconsistentes, introduciendo modificaciones al carácter normal y legal de los bienes, diciendo en el primer caso que el *arbolado, los frutos pendientes*, etc. tienen la consideración de muebles a efectos de esta garantía pignoratícia, y en el segundo, que los buques se reputan bienes inmuebles a efectos de la hipoteca naval. De manera que los buques, sólo cuando son objeto de hipoteca tienen la consideración de inmuebles por ministerio de la ley como dice Valverde (*Tratado de Derecho civil español*, tomo II, pág. 521. Valladolid. Talleres Tipográficos «Cuesta», 1920); en los demás casos serán muebles. Pero es más arbitrario y más convencional todavía que las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad (núm. 5, art. 334 del Código civil español), que son bienes muebles por naturaleza, se reputen inmuebles por ministerio de la ley (artículo citado del Código) y sea ésta (Real decreto de 22 de Septiembre de 1917) la que vuelva a proclamar su carácter de muebles.

Tampoco pueden hoy diferenciarse la prenda y la hipoteca por la circunstancia de que en la primera tenga lugar el desplazamiento de la cosa, pasando al acreedor o a un depositario (art. 1.863) y en la hipoteca quede, por el contrario, en poder del deudor por cuanto en el Decreto citado se crea la prenda agrícola sin desplazamiento de la cosa pignorada (art. 2.º).

También la ley, advirtiendo el ataque inferido a la figura tradicional, recurre a la *ficción* de presumir la constitución de un *depósito*, bajo la custodia del pignorante.

Ni sirve tampoco de diferencia su elemento *formal* por virtud de

(1) A más de las obras especiales ya citadas, puede verse Cannada-Bartoli, *Il sistema ipotecario it.*, Napoli, 1879-89; Melucci, *Il sistema ipotecario nel dir. civ. it.*, Napoli, 1912-13; Mirabelli, *Delle ipoteche sec. il Código civ. it.*, Napoli, 1896; Bianchi, *Delle ipoteche*, Napoli, 1907-8.

contenida en los artículos 1.964 y 2.053 del Código civil (completada por el Código de Comercio, artículos 710, 776, 779, 786, 791, 824, 834, 838, 843 y por normas y leyes especiales, como los artículos 24 y 26 de la ley de 10 de Julio de 1861 para las hipotecas sobre las rentas nominativas sobre el Estado, las diferentes leyes sobre establecimientos de crédito fundiario recogidas en el texto único de 16 de Julio de 1905, etc.), se hallan en la legislación francesa de la revolución y en la ley Hipotecaria belga de 16 de Diciembre de 1851, en la que especialmente se inspiró el Código civil italiano. Imperaba en la mayor parte de Francia antes de la Revolución el sistema que permitía constituir una hipoteca sobre la generalidad de los inmuebles presentes y futuros de una persona sin determinación de la suma de que respondían; no era tampoco necesaria la inscripción en adecuados registros que hiciesen pública su existencia. Eran, pues, las hipotecas, por una parte, generales en cuanto afectaban a todos los bienes inmuebles del deudor; por otra parte, ocultas, faltando un medio idóneo y seguro que hiciese notorio a los terceros y a los bienes que el deudor había constituido en garantía de la suma por la cual respondían. Sólo en algunos países de Derecho consuetudinario (*pays de nantissement*) regía un sistema diverso que exigía para la validez del vínculo frente a los terceros la publicidad y especialidad del mismo. La excelencia de este segundo sistema y los graves obstáculos que a la libre comerciabilidad de los fundos y al incremento del crédito oponía el primero a causa principalmente de la clandestinidad de las

cual la hipoteca necesita para constituirse, y bajo pena de nulidad, la forma *auténtica* y la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 1.875), pudiendo, por el contrario, constituirse la prenda en cualquier forma y requiriendo sólo el instrumento público para perjudicar a tercero desde su fecha (art. 1.865) porque la «prenda agrícola» requiere escritura pública e inscripción en el Registro de aquél nombre, a cargo de los Registradores de la Propiedad (art. 6.º).

Estas innovaciones del legislador moderno, por buenas y útiles que se las suponga, infringen los principios científicos, como observa Planiol (Viñas Mey, *Derecho civil*, t. II, pág. 319. Instituto Reus. Madrid, 1926) y desfiguran el tecnicismo, siendo, en realidad, no *prendas* (la agrícola sobre inmuebles) ni *hipotecas* (la sobre buques) efectivas, sino prendas *inmobiliarias* o hipoteca de muebles, es decir, algo mixto y excepcional.

Todas estas violencias ponen de manifiesto la conveniencia de hacer menos rígidas las clasificaciones y los viejos dogmas.

hipotecas, hizo necesaria la reforma introducida por la legislación revolucionaria. Dos leyes, de 9 de Mesidor año III y del II de Brumario año VII, extendieron a todo el territorio de Francia el sistema del *pays de nantissement* y abandonado el tradicional principio de la generalidad y clandestinidad de las hipotecas, lo substituyeron por los de la especialidad y publicidad que se aplicaba mediante la inscripción del vínculo en registros especiales, en los que no sólo se tomaba nota del inmueble afectado, sino también de la suma debida.

En este fundamental principio, tan diverso del romano (1), pero no extraño a la legislación estatutaria italiana y a otros derechos más antiguos, se inspiró el Código napoleónico, si bien con algunas inoportunas atenuaciones que redujeron sensiblemente sus ventajas (2), y en forma más rigurosa, siguiendo sus huellas y las de la ley Hipotecaria belga, nuestro Código civil, en el cual la publicidad y la especialidad constituyen la base ineludible de todo vínculo hipotecario, cualquiera que sea su causa y su origen.

Son, por consiguiente, caracteres esenciales de la hipoteca: 1) la *realidad*, en virtud de la que los bienes, una vez afectados

(1) Como es sabido, en derecho romano no hubo un sistema que asegurase la publicidad de las hipotecas. Por esto adquiere mayor relieve e importancia el hecho de que un perfecto sistema de publicidad rigiese en el Egipto greco-romano mediante aquella βιβλιοθήκη ἐγπτῆσεν o archivo de la propiedad inmobiliaria que con sus registros servía para dar publicidad no sólo a los traspasos de la propiedad inmobiliaria sino también a la constitución y vicisitudes ulteriores de cualquiera otro derecho real en cosa ajena, especialmente a las hipotecas. Estas, fuesen generales o especiales, debían ser inscritas y lo eran no sólo como carga del fundo que gravaban, sino también como derechos autónomos y, por tanto, también a nombre del titular de la hipoteca; la inscripción era requerida por el acreedor que proveía así a asegurar el propio derecho cumpliendo los supuestos y formalidades previas de la inscripción del derecho real inmobiliario; ver Edicto de Mettuo Rufo; De Ruggiero, *Bull. Ist. dir. rom.*, XII, 1, pág. 66; XXI, pág. 278 y siguientes.

(2) Así, por ejemplo, fué excluída de la necesidad de la inscripción la hipoteca legal correspondiente a los menores y demás incapaces, así que para ellos quedaba en vigor el principio de la generalidad y clandestinidad del Código francés, art. 2.135.

del vínculo, continúan afectados por éste aun pasando a poder de tercer poseedor y pueden ser perseguidos por el acreedor contra quienquiera que los detente, en tanto no haya intervenido una causa de extinción; el Código la define como derecho real que se constituye en bienes del deudor o de un tercero a favor del acreedor para asegurar sobre los mismos la satisfacción de una obligación (art. 1.964); 2) la *indivisibilidad*, ya que subsistiendo la hipoteca por entero sobre todos los bienes vinculados sobre cada uno de los mismos y sobre cada una de sus partes (artículo 1.164, párrafo 1.º), cada parte de los bienes garantiza el crédito por entero y a cada parte o resto de éste quedan sujetos todos los bienes hipotecados con consecuencias análogas a las examinadas en la prenda (art. 1.889), cuando varias personas suceden al acreedor o al deudor; 3) la *especialidad*, y 4) la *publicidad* en cuanto que la hipoteca no surte efectos si no es hecha pública mediante la inscripción y no puede subsistir sino sobre bienes específicamente indicados y por sumas determinadas en dinero (art. 1.965).

a) *Objeto*.—Los bienes susceptibles de hipoteca son, por regla general, los inmuebles. Y más precisamente lo son los inmuebles por naturaleza, los muebles por destino en cuanto que vengan afectados por la hipoteca conjuntamente con el fundo, y de los inmuebles por determinación legal sólo el derecho de usufructo sobre inmuebles y los derechos del concedente y del enfiteuta sobre los bienes enfitéuticos (art. 1.967). Los demás bienes no indicados en el art. 1.967 (que tiene valor limitativo, no enunciativo) son incapaces de hipoteca. Están excluidos, a más de los bienes que se hallan fuera del comercio, los demás derechos reales en cosa ajena, como las servidumbres, el uso, la habitación y del propio usufructo, el legal que corresponde a los ascendientes (art. 1.967, núm. 2.º), dado su especial destino (artículos 224 y 230), así como el derecho de goce correspondiente al marido sobre los bienes dotales (art. 1.399). Sólo por excepción entre los bienes muebles son susceptibles de hipoteca las rentas nominativas sobre el Estado en orden a las cuales las leyes de la Deuda pública han hecho posibles especiales anotaciones del vínculo sobre el título mismo (texto único de las leyes

sobre la Deuda pública, Real decreto de 17 de Julio de 1910, número 536, art. 37) (1).

Cuando el objeto es susceptible de incremento o de aumento, la hipoteca se extiende de aquél a éstos; es decir, afecta a todas las mejoras, construcciones y accesiones que se añadan al inmueble luego de la constitución del vínculo, lo cual es efecto del principio de la accesión y de la virtud que tiene la hipoteca de afectar indivisiblemente a la cosa toda sometida al vínculo (artículo 1.966).

b) *Causa y especies*.—De tres diversas causas puede derivar el vínculo hipotecario: la ley, la sentencia judicial y la convención de las partes; así que las hipotecas se distinguen en tres especies: legales, judiciales y convencionales (art. 1.968).

a) *Es legal* la que la ley directamente atribuye a algunos acreedores sin necesidad de consentimiento por parte del deudor en consideración a la causa y naturaleza del crédito (2). Tal hipoteca corresponde:

1) Al vendedor o enajenante sobre los inmuebles enajenados por el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la enajenación (art. 1.959, núm. 1.º); garantiza al vendedor el pago del precio, al donante el cumplimiento de las cargas impuestas al donatario, etc.

2) A los coherederos, socios y demás partícipes sobre los

(1) Una forma especial de garantía que tiene por objeto una cosa mueble como es la nave definida legislativamente (art. 480 del Código de Comercio), pero que recibe comúnmente el nombre de hipoteca, es la *hipoteca naval* llamada en el Código de Comercio prenda, pero disciplinada análogamente a las verdaderas hipotecas (art. 485 y siguientes, 674 y siguientes del Código de Comercio). Ahora con la nueva legislación se ha introducido también la hipoteca sobre aeronaves que puede constituirse según las normas del Código civil (Decreto-ley de 20 de Agosto de 1923, núm. 2.207, art. 9).

(2) Más de una entre las hipotecas legales de nuestro Código, eran antes privilegios inmobiliarios; éstos fueron sustituidos por hipotecas legales, reduciéndose a muy pocos los privilegios sobre inmuebles (artículos 1.961-1.962). Y puesto que los privilegios, aun los inmobiliarios, no se hallan sujetos a inscripción mientras las hipotecas están todas sujetas a la misma, la transformación se operaba sometiendo a aquellos al principio de la publicidad.

inmuebles de la herencia, sociedad o comunidad, por el pago de las compensaciones (art. 1.969, núm. 2.º); deriva del principio de la igualdad entre los partícipes y mira a garantizar de modo real la efectiva actuación de aquélla vinculando a aquel cuya cuota debe ser integrada los bienes de todos los demás partícipes (1).

3) Al menor y al sujeto a interdicción sobre los bienes del tutor, según los artículos 292 y 293 (art. 1.969, núm. 3.º), en garantía de los créditos del incapaz adquiridos durante la gestión tutelar.

4) La mujer sobre los bienes del marido en garantía de la dote y de los lucros dotaes (art. 1.969, núm. 4.º) cuando la hipoteca haya sido limitada a bienes determinados en el contrato de matrimonio recae sobre todos aquellos que el marido posee en el momento en que la dote se constituye, aunque el pago de la misma tuviese lugar posteriormente; pero si entran a formar parte de la dote sumas provenientes de sucesión o donación la hipoteca no tiene lugar sino desde el día de la apertura de la sucesión o desde aquel en que la donación tuvo efecto y sobre los bienes que el marido posea en tal día.

5) Al Estado, a la parte civil, a la defensa sobre los bienes de los condenados para el cobro de los gastos de justicia en materia penal comprendidos los derechos debidos a los funcionarios y a los oficiales judiciales por el resarcimiento de los daños reconocidos en la sentencia condenatoria, por los honorarios debidos al defensor, honorarios que son preferidos en concurrencia con las otras dos especies de créditos (art. 1.969, número 5.º). La hipoteca, que luego fué extendida a todas las personas perjudicadas por el delito con el art. 10 de la ley de 8 de Agosto de 1895, núm. 556 (ahora Código de Procedimiento penal, art. 603) puede ser inscrita aun antes de la condena, consiguientemente al mandato de captura (art. 1.969, núm. 5.º) o al arresto en flagrancia (artículos 604 y 605 del Código de Procedimiento penal) y grava lo mismo los bienes poseídos aquel día

(2) Sobre esto véase Coviello L., *L'ipoteca legale del condividente per rifacimenti e conguagli* (Riv. dir. civ., VIII, 1916, pág. 725 y siguientes).

como los adquiridos posteriormente, pero no posteriormente a la sentencia condenatoria.

β) *Judicial* es la hipoteca que reconoce como título una sentencia, condenando al pago de una cantidad, a la entrega de una cosa mueble o al cumplimiento de una obligación que pueda resolverse en el resarcimiento de daños (art. 1.970). Toda sentencia de tal naturaleza que contenga una condena inmediata y actual al pago de una suma de dinero o al cumplimiento de otra obligación reductible a valor pecuniario, faculta al acreedor victorioso para pedir hipoteca sobre los bienes de la parte contraria y son, por regla general, aptas para producir esta facultad las sentencias de las autoridades judiciales del reino; también las sentencias arbitrales y las de autoridades judiciales extranjeras pueden constituir título para la inscripción hipotecaria cuando hayan sido declaradas ejecutivas por las autoridades judiciales competentes (artículos 1.972 y 1.973). En cuanto a los bienes, todos los que sean del deudor y se hallen en el reino resultan afectados por la hipoteca; y no sólo los presentes poseídos por él en el momento de la condena, sino también los futuros (lo cual constituye una particularidad de la hipoteca judicial), si bien respecto a éstos no puede verificarse su inscripción sino cuando hayan ingresado en su patrimonio (art. 1.986). Se hallan exceptuados solamente los bienes de la herencia yacente y de la herencia aceptada en beneficio de inventario (art. 1.971), respecto a los acreedores hereditarios puesto que éstos, si no tienen ya un derecho de prelación, no deben, mejorando la propia, perjudicar la condición de los demás acreedores hereditarios que tienen todos, como común e igual garantía, los bienes comprendidos en la herencia.

γ) *Convencional* es, finalmente, la hipoteca que contractualmente haya sido concedida por el deudor o por un tercero, en su lugar, al acreedor. Su base es el acuerdo de ambas voluntades, es decir, un contrato o convención en el que a la voluntad de uno de constituir el vínculo hipotecario sobre los propios bienes, corresponde la voluntad del otro de aceptarlo; no sería idóneo un acto unilateral (1), y por ello hay que rechazar la opi-

(1) No hay que confundir con esto el caso de que la aceptación del

nión sostenida por algunos, según la cual la hipoteca puede ser constituida incluso testamentariamente (1) por no poder considerar el testamento comprendido en la convención y, por tanto, tampoco la hipoteca testamentaria en la categoría de las convencionales, sin tener en cuenta las razones históricas y oportunistas que se oponen a tal opinión (2).

Los requisitos necesarios para la constitución convencional de la hipoteca se refieren a la capacidad del constituyente, a la aptitud de los bienes, a la existencia de un crédito, a la forma de la constitución.

1) Solamente el propietario del inmueble o el titular de la renta nominativa o del derecho de usufructo o enfiteútico puede constituir sobre éstos hipoteca; es nula, por tanto, la concedida sobre el inmueble o sobre el derecho ajenos, y radicalmente nula, esto es, sin que pueda sanar por ratificación o confirmación posterior, de modo que la nulidad subsiste aunque el constituyente resultase luego propietario o titular del inmueble o del derecho (3). Capacidad para hipotecar tiene también el propietario cuando su derecho sobre el inmueble se halle en

acreditor resulte de un acto separado y posterior a aquel con que el propietario ha concedido la hipoteca, pudiendo muy bien la convención consistir en dos actos separados. Es más, la aceptación puede ser concebida como resultante de un hecho, es decir, tácita y contenida en la demanda de inscripción de parte del acreedor; ver Vita-Levi, *Dell'ipoteca costituita con un atto unilaterale* (*Arch. giur.*, XXVI, 1881, pág. 3 y siguientes).

(1) Así, por ejemplo, Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 503 y siguientes y Venzi, *ibid.*, pág. 621 y siguientes; Brugi, *Ist.*, pág. 396; Chironi, *Privilegi ed ipoteche*, I, núm. 267; Abello, *L'ipoteca testamentaria nel dir. civ. it.*, Torino, 1899; Barassi, *Ist.*, pág. 283.

(2) Melucci, *Sistema ipotecario*, pág. 89 y siguientes; Gabba, *Questioni dir. civ.*, II, pág. 45 y siguientes.

(3) Sobre la absoluta insanabilidad de la hipoteca concedida *a non domino*, véase el magnífico artículo de Coviello, *L'ipoteca su cosa altrui* (*Foro it.*, 1913, pág. 840 y siguientes y *Riv. dir. civ.*, V, 1913, pág. 406 y siguientes); ver también Gabba, *Gli effetti dell'ipoteca costituita sui beni altrui* (*Giur. it.*, 1906, I, pág. 791); *Ipoteca convenzionale su beni altrui* (*Quest. di dir. civ.*, 2.^a ed., pág. 227 y siguientes); el cual se inclina al concepto de la convalidación sucesiva por adquisición posterior de la propiedad.

suspensio por una condición, sujeto a resolución o reconozca como causa un título anulable; pero en tal caso la hipoteca se hallará sujeta a las mismas eventualidades por el principio general: *resoluto jure dantis resolvitur et ius accipientis*, es decir, que corre la misma suerte que el derecho sobre el que fué constituida. Caerán, por tanto, con la hipoteca los derechos adquiridos por los terceros, salvo los casos en que la ley expresamente disponga que la resolución o rescisión no perjudique a los terceros, es decir, de aquellos que traen causa de quien es titular del derecho que se resuelve (art. 1.976). Pero además de ser titular del inmueble debe el constituyente poseer la capacidad de enajenar el inmueble para poderlo sujetar a hipoteca (art. 1.974), de lo que se deduce que para hipotecar los bienes de los incapaces como menores sujetos a interdicción, inhabilitados o ausentes, debe intervenir el consentimiento de las personas que les representan y deben observarse las formas y cumplirse las condiciones establecidas en la ley (art. 1.975).

2) Aptos son todos los bienes que el deudor o el tercero constituyente de la hipoteca posee en el momento de constituirlos, y deben ser específicamente determinados en el acto constitutivo; por esto no pueden ser hipotecados los bienes futuros (artículo 1.977).

Solamente los determinados en la convención quedan hipotecados, no los demás que el deudor posea. Sin embargo, por expresa disposición legal (art. 1.980), cuando los bienes sujetos a hipoteca pudiesen o se deteriorasen por caso fortuito o fuerza mayor de modo que resultasen insuficientes a la seguridad del crédito, el acreedor tiene derecho a pedir un suplemento de hipoteca, esto es, pedir que el deudor complete la garantía sujetando a hipoteca otros bienes; en otro caso le es concedida la facultad de exigir el pago del crédito aunque éste no haya vencido.

3) Precisa también un crédito al que la hipoteca sirva de garantía, siendo indiferente la naturaleza de la obligación en que aquél se origina. No precisa, si la obligación es un contrato de préstamo, que el desembolso del dinero preceda a la constitución del vínculo; declara la ley a propósito de la inscripción que

la hipoteca produce efecto desde el momento de su inscripción, aunque se trate de un contrato de préstamo en el que la entrega del dinero se efectúe posteriormente (art. 2.007), aludiendo al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Es más: por regla general, no precisa que el crédito sea actual; basta que sea futuro, con tal que exista actualmente el vínculo obligatorio sobre cuya base pueda aquél surgir en determinado momento (1).

4) La forma exigida por la ley para la constitución de la hipoteca convencional es la escrita, ya sea escritura pública o privada (art. 1.978). Por el principio de especialidad debe el acto constitutivo contener la específica designación de los inmuebles que se hipotecan; pueden someterse a hipoteca todos los bienes del constituyente (éste no se opone al principio de la especialidad), pero cada uno de ellos debe ser individualizado con indicación de su naturaleza, del Municipio en que radica, de su número catastral o plano fiscal, de tres de sus lindes o confines (art. 1.979). Y debiera, además, por el mismo principio determinarse en el acto constitutivo la suma del crédito, puesto que la especialidad tanto se refiere a los bienes como al crédito; y si bien esto se cumple en la práctica casi siempre, basta que la determinación sea hecha en acto posterior o en el acto de inscripción, pudiendo consignarse por el acreedor mismo (artículo 1.922). Por otra parte, no hay que creer que los requisitos del art. 1.979 deban ser todos observados bajo pena de nulidad; precisa, en orden a la especificación de los bienes, que sea indicado cuanto sea necesario para eliminar la incerteza sobre los muebles que resulten gravados (art. 1.998).

c) *Publicidad.*

α) *Inscripción.*—Así como con la transcripción se hacen públicos los traspasos de la propiedad y la constitución y modi-

(1) La cuestión es muy discutida; ver Bonelli, *L'ipoteca per debiti futuri in dir. rom.* (Arch. giur., LI, 1893, pág. 395 y siguientes, 520 y siguientes; LII, pág. 108 y siguientes; *Foro it.*, 1895, pág. 790 y siguientes; Melucci, *Sist. ip.*, pág. 103 y siguientes; Chironi, *Priv. ed ipot.*, 11, núm. 41 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, III, 2, pág. 614 y siguientes, n. y.; Gabba, *Ipoteca a guarentigia di debiti futuri* (*Quest di dir. civ.*, 2.^a ed., pág. 216 y siguientes).

ficación de los demás derechos reales inmobiliarios, con la inscripción se consigue publicidad a la hipoteca. Su función es la de dar eficacia al vínculo real frente a los terceros, no la de sanar los vicios o nulidades que afecten al acto constitutivo del mismo; de modo que en tanto la hipoteca es válida entre acreedor y deudor, aun sin inscripción, ésta no añade nada a la validez intrínseca de la misma, que subsiste nula o anulable si hay una causa de inexistencia o anulación.

Sometidas a la publicidad se hallan indistintamente todas las hipotecas tanto convencionales como legales o judiciales, y se consigue mediante la inscripción en los registros que se llevan en los Oficios de hipotecas del lugar en que radican los bienes gravados. Deben a tal fin presentarse al conservador de las hipotecas, a más del título constitutivo del vínculo, dos notas, de las cuales una puede extenderse al pie del mismo título y que deben contener el nombre y domicilio o residencia del deudor y del acreedor (a más del domicilio especial elegido por este último), la fecha y naturaleza del título, el importe del crédito y de los intereses que produce, el tiempo de exigibilidad del mismo, la indicación específica de los bienes gravados (art. 1.987); la omisión o inexactitud en algunas de estas indicaciones no produce la nulidad de la inscripción sino cuando ocasione incerteza absoluta sobre la persona del acreedor, o del deudor, o del poseedor del fundo gravado, sobre la identidad de los bienes o importe del crédito. Título es el acto del cual deriva la hipoteca, el contrato para la convencional, la sentencia para la judicial; mientras en las legales está representado en el acto alienativo del inmueble, en el de división o deliberación y acuerdo del consejo de familia, en el instrumento total o en la sentencia de condena del reo. Y si el título es un acto privado, debe la firma de quien ha consentido la hipoteca ser autenticada por Notario o acreditada judicialmente (art. 1.989). Se ejecuta la inscripción registrando en el libro el título con la fecha de la presentación, numerando correlativamente las semanas en forma que las hipotecas sobre un mismo inmueble tienen el rango que les corresponde por su número de orden, es decir, por el que determina la presentación independientemente de la fecha del título. Verifi-

cada la inscripción, el conservador debe con los documentos restituir una de las dos notas, la cual contendrá al pie el certificado de haberse efectuado la inscripción, con la fecha y número de orden de la misma (art. 1.988).

Tienen facultad de pedir la inscripción aquellos a quienes la hipoteca afecta y es aceptada en nombre del acreedor. Pero para ciertas personas incumbe a otras la facultad de demandarla: al marido y al Notario, por la hipoteca legal que corresponde a la mujer (art. 1.982); al tutor, al protutor y al canciller, por la que corresponde al menor y al sujeto a interdicción (art. 1.983), mientras al conservador mismo incumbe la obligación de inscribir la legal del enajenante en el momento de transcribir el acto alienativo (art. 1.985, y la sanción para todos éstos cuando omitan el cumplir su obligación es la indemnización de los daños y perjuicios (artículos 1.984 y 1.985).

Se inscribe contra la persona del deudor o del tercero que ha constituido la hipoteca, aunque sea difunto, y, sin embargo, cuando al tiempo de la inscripción, y con anterioridad de tres meses por lo menos, los inmuebles hipotecados aparezcan en los Registros fiscales a nombre de los herederos o causahabientes del deudor, la inscripción debe hacerse también contra estos últimos (art. 1.996).

Con la inscripción se relacionan las instituciones especiales de la renovación, anotación, reducción y cancelación.

§) *Renovación.*—Si la función de la inscripción es únicamente la de hacer la hipoteca pública y eficaz contra terceros, la suerte del derecho hipotecario es en sí y por sí independiente de la de la inscripción; lo cual significa que las causas de extinción del vínculo operan independientemente de la inscripción, cuya suerte, a su vez, no va aparejada a la del derecho de hipoteca. Pero la inscripción, por los efectos que persigue, no tiene eficacia duradera y perpetua; la ley no le atribuye valor más que por treinta años a partir de la fecha (1), así que cuando trans-

(1) La razón de esta limitada duración reside en la mayor utilidad que ofrece un tal sistema con relación al opuesto porque (prescindiendo de la consideración de que siendo el término de treinta años idéntico a la más larga prescripción extintiva, la cesación de la eficacia de la ins-

curridos éstos el crédito no haya sido aún extinguido, queda subsistente el derecho de hipoteca, pero cesa su eficacia frente a los terceros. Sin embargo, para mantener tal eficacia sin necesidad de una nueva inscripción, la ley ofrece un medio, que es la renovación (art. 2.001). Consiste ésta en una declaración del acreedor manifestando querer conservar íntegra frente a terceros la garantía con el mismo rango que tenía en su origen, efectuándose con la presentación al conservador de dos notas iguales a las de la inscripción precedente con la declaración de querer renovar, acompañadas de la nota de la inscripción originaria que oficia de título (art. 2.005). Debe efectuarse antes de que transcurran los treinta años y es impuesta obligatoriamente en orden a las hipotecas legales a aquellas mismas personas que deben pedir la inscripción (art. 2.002); se efectúa del mismo modo que ésta y se dirige contra el mismo deudor o tercero constituyente de la hipoteca, a no ser que los inmuebles aparezcan en los Registros fiscales con anterioridad por lo menos de tres meses, a nombre de los herederos o causahabientes de aquél, en cuyo caso la renovación debe ser hecha también contra éstos (art. 2.006). Por una singular excepción debida a particulares consideraciones de protección en favor de la mujer casada, está exenta de la necesidad de renovar la hipoteca legal de la mujer por la dote y los lucros dotales; la correspondiente inscripción conserva su eficacia durante todo el matrimonio y aun por un año después de la disolución del mismo (art. 2.004). También en otros casos cesa la necesidad, como en el de purgación y en el de expropiación forzosa del inmueble; todas las hipotecas válidamente conservadas se mantienen con la inscripción de la hipoteca legal, que se origina en el título de enajenación en el primer caso (artículos 2.003 y 2.042), con la inscripción de la que se origina en la venta en pública subasta contra el comprador por el pago del precio en el segundo (artículos 2.003

cripción coincidirá frecuentemente con la extinción del crédito) se hace más segura y fácil la inspección de los registros hipotecarios y la averiguación del estado jurídico del inmueble, no precisando remontarse en la investigación más allá de los treinta años en cuanto que las inscripciones más antiguas (aun las no canceladas) se deben considerar sin valor.

y 2.089), quedando los derechos de los acreedores inalterablemente fijos con la inscripción de la hipoteca en favor de la masa (art. 2.012).

γ) *Anotación.*—Cualquiera variación notable concerniente a alguno de los elementos de la inscripción puede y debe hacerse constar en los registros hipotecarios mediante anotación marginal al pie de la inscripción; con este medio se hacen públicos los eventuales cambios en la persona del acreedor, así como la subrogación o la cesión, en el rango y domicilio elegido por el acreedor y además la reducción y cancelación de la inscripción. Prescindiendo por ahora de estos últimos hechos, el cambio más notable es el que se refiere a la cesión (1), a la subrogación, dación en prenda del crédito hipotecario; cuando el cesionario, o subrogado, o acreedor pignoraticio haga anotar el acto, la inscripción no depende de la voluntad del acreedor hipotecario, ya que a aquél deberán ser hechas las intimaciones y notificaciones eventuales y se requerirá su consentimiento para que se pueda cancelar la inscripción (art. 1.994).

δ) *Reducción.*—Consiste ésta en restringir la hipoteca a una parte solamente de los bienes indicados en la inscripción, o bien en reducir a menor cantidad la suma por la que fué hecha la inscripción (art. 2.024). Es justo que se reconozca al deudor la facultad de liberación del vínculo en una parte de sus bienes o el reducir la carga de los bienes cuando el crédito hubiese disminuído, o una inscripción excesivamente amplia, ya en or-

(1) Por cesación de hipoteca debe entenderse tanto la *cesión del rango* o *posposición de grado*, en virtud de la cual, entre dos acreedores hipotecarios de grado diferente, el anterior concede su puesto al sucesivo haciendo que éste sea preferido al cedente en la gradación de los créditos, como la *cesión del derecho de hipoteca* que se opera a favor de un acreedor desprovisto de tal garantía. Esta última, dado el carácter accesorio de la hipoteca, no es concebible sin la contemporánea cesión del crédito. Otros hacen coincidentes la cesión de hipoteca y la posposición o permuta de rango; ver sobre esta cuestión muy discutida y de gran importancia, Grosso, *Cessione dell'ipoteca*, Torino, 1900; Azzariti, *La cessione dell'ipoteca nel dir. it. e nel dir. rom.*, Napoli, 1902; Chironi, *Priv. ed ipot.*, II, número 323 y siguientes; Melucci, *Sist. ipot.*, pág. 204 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 596 y siguientes.

den a la cantidad de bienes o a la suma asegurada que hubiera sido pedida por el acreedor. Pero el respeto debido a la libre convención de las partes o a la autoridad de la cosa juzgada no consentía que tal derecho se confiriese al deudor cuando la cantidad de bienes o la suma hubiese sido determinada en la convención o en la sentencia (art. 2.025). Es, pues, excluída la reducción en las hipotecas convencionales, en las que no es posible sino mediando el consentimiento del acreedor (reducción voluntaria), y sólo se admite como reducción forzosa y necesaria en las legales y judiciales, excluídas entre las primeras la hipoteca del enajenante y la de los coherederos, socios y demás partícipes (art. 2.026). Las condiciones bajo las cuales puede el deudor ejercer tal facultad son fijadas por la ley misma, que ha determinado, en evitación de controversias, los límites dentro de los cuales puede hablarse de exceso de bienes o de la suma; es considerado excesivo el valor de los bienes cuando supera en un tercio el importe del crédito inscrito, aumentado con los accesorios (art. 2.027), y es excesiva la suma si la determinada por el acreedor en la inscripción supera en un quinto la suma que el Juez declara debida (art. 2.026).

6) *Cancelación*.—También antes que el transcurso de los treinta años prive de eficacia a la inscripción puede ésta perder su valor mediante la cancelación, la cual consiste en la declaración manifestando que la inscripción no debe surtir efecto y en la correspondiente anotación que el conservador hace al margen de la inscripción (art. 2.038).

Causa de la misma pueden ser, no sólo todos los hechos que producen la extinción del crédito, sino también los que hacen cesar el derecho de hipoteca independientemente del crédito, ya que si, por regla general, se procede a la cancelación cuando el crédito se ha extinguido, nada impide que la inscripción pueda quedar sin eficacia cancelándola por efecto de causas o hechos distintos que se refieran exclusivamente al derecho de hipoteca considerado en sí mismo. Como la reducción, puede la cancelación, por tanto, ser voluntaria y necesaria.

Es *voluntaria*, si consentida libremente por las partes (artículo 2.033). Y como cancelar la inscripción equivale a una dis-

posición del crédito cuya satisfacción resulta comprometida por el abandono de la garantía real, sólo aquel que tiene capacidad de liberar al deudor puede consentir en la cancelación; los demás que carezcan de tal capacidad no pueden consentirla sino con la asistencia de las personas cuya intervención es necesaria para la liberación (art. 2.034), y ni el padre, el tutor o cualquiera otro administrador, aun autorizados para exigir el cumplimiento de parte del deudor o para liberarlo, podrían consentir en la cancelación de la inscripción hecha en garantía de un crédito de su administrado que no haya sido extinguido (art. 2.035). Es menor naturalmente el rigor de la ley cuando el crédito ha sido ya satisfecho, puesto que en tal caso la inscripción no tiene que garantizar crédito alguno y el deudor o el tercero constituyente tienen derecho a pedir la cancelación de la hipoteca. Es *necesaria o forzosa* cuando se ordene judicialmente en virtud de sentencia o providencia, y puede haber lugar a ella, a más de en el caso de extinción del crédito (cuando el acreedor se niegue a prestar su consentimiento) o de resolución del derecho de hipoteca, también en aquel en que la hipoteca no subsista o la inscripción por una causa cualquiera resulte nula (art. 2.036). En los casos de negarse el conservador a cancelar (su responsabilidad con relación a los interesados le obliga a ser circunspecto en las cancelaciones), decide la autoridad judicial con un procedimiento especial (art. 2.039).

d) *Efectos*.—De los efectos que la hipoteca produce algunos se refieren a relaciones entre el acreedor y el deudor (o tercero constituyente de la hipoteca); otros a las relaciones de varios acreedores entre sí; otros, finalmente, a aquellas que se dan entre el acreedor hipotecario y tercer poseedor del inmueble.

a) *En las relaciones entre acreedor y deudor* o tercero propietario del inmueble, la hipoteca, si bien no confiere al acreedor hipotecario derecho alguno de disposición (1) o de goce del inmueble, implica, sin embargo, una restricción en las facultades del propietario; esto debe entenderse en el sentido que éste,

(1) La prohibición del pacto comisorio establecido explícitamente para la prenda, subsiste también para la hipoteca; Chironi, *Ipoteca e patto commissorio* (*Riv. dir. comm.*, 1917, II, pág. 706 y siguientes).

conservando pleno el derecho de gozar y de disponer, no puede realizar actos que perjudiquen el derecho del acreedor. El momento en que éste produce toda su eficacia es el que sigue a la falta de pago del crédito; esto es, con la facultad de subastar el inmueble, aun cuando haya pasado a propiedad ajena (artículo 2.076), con derecho a hacerse pagar preferentemente a los demás acreedores cuando entre éstos no haya ninguno en cuyo favor se dé una causa de prelación por hipoteca anterior o privilegio especial (art. 1.950).

β) *En las relaciones de los acreedores entre sí*, la hipoteca asegura al titular una prelación sobre los acreedores quirógrafos, mientras en concurrencia con otros acreedores hipotecarios rige el principio que tiene mejor derecho el acreedor cuya fecha de inscripción es más antigua. Como la hipoteca produce efecto y posee un determinado rango desde el momento de su inscripción (art. 2.007), y toda inscripción viene contrasignada por un número correlativo, deriva de esto que el número de orden determina el grado o rango de la hipoteca (art. 2.008). Se prevé el caso de que varios acreedores presenten contemporáneamente la nota para obtener la inscripción de la hipoteca contra la misma persona y sobre los mismos inmuebles: en tal caso la ley dispone que las hipotecas se inscriban con el mismo número y que por ello los correspondientes créditos deben concurrir sin distinción de grado (art. 2.009). En cuanto a la suma que del precio del inmueble tiene derecho a percibir el acreedor, será la indicada en la inscripción, no la efectiva, que aun cuando se demuestre mayor que la inscrita no estará cubierta con la hipoteca (artículo 1.997); es ésta una consecuencia directa de la publicidad que tiende precisamente a denunciar a los terceros la medida de la responsabilidad del deudor, asegurándoles que fuera de la suma indicada por el Registro no hay otros créditos preferentes. Pero la razón exige que si la suma indicada es mayor que la realmente debida la inscripción produce sólo sus efectos por la suma debida realmente, porque por el exceso falta a la inscripción su base natural, que es el crédito (art. 1.997, párrafo 1.º). A más de la suma inscrita se hallan cubiertos con la hipoteca y en el mismo grado, aunque no sean declarados, todos los acce-

sorios de la misma: los gastos del acto, los de inscripción y renovación, los que se originaron para el reconocimiento y prelación de créditos en el juicio correspondiente, y si se trata de un capital productivo de intereses y la tasa de éstos se indica, los intereses del bienio anterior y los devengados en el año corriente el día de la transcripción del embargo (art. 2.010).

Para templar las excesivamente rigurosas consecuencias que derivarían de una rígida aplicación del principio de la prioridad del derecho dada por la prioridad de la inscripción, la ley admite entre varios acreedores de grado diverso la *subrogación hipotecaria*. Puede, en efecto, ocurrir que un acreedor tenga hipoteca sobre dos inmuebles, de los cuales uno se halle sujeto a una segunda inscripción en favor de otro acreedor, y el otro esté también hipotecado en favor de un tercer acreedor posterior en fecha a la segunda hipoteca del primer fundo, proceda sobre éste absorbiendo todo el valor del mismo, dejando al descubierto al segundo acreedor para favorecer al tercero, que sobre el otro fundo no subastado (extinguida la primera hipoteca) resultaría ahora primero en grado. De los tres acreedores inscritos, el primero sobre ambos fundos, el segundo y el tercero sobre cada uno de los dos, pero en orden de tiempo sucesivo perdería (satisfecho el primero íntegramente) el segundo, que sólo tenía inscripción con respecto al fundo subastado, y a ser preferido (por el mero arbitrio de quien promovió la subasta) el tercero en orden de tiempo, que sobre el fundo no subastado no tendría que temer la concurrencia del segundo acreedor, que carecía de inscripción en el mismo.

La injusticia de este hecho resulta excluída por la ley, disponiéndose (art. 2.011) que «el acreedor que tuviese hipoteca sobre uno o varios inmuebles cuando resulte perjudicado por haber sido satisfecho en los mismos un acreedor anterior, cuya hipoteca se extendía a otros bienes, se subroga en la hipoteca que pertenecía al acreedor satisfecho y puede pedir la correspondiente anotación, como se establece en el art. 1.994 para ejercitar la acción hipotecaria sobre los mismos bienes y ser preferido a los acreedores posteriores a la propia inscripción. El mismo derecho corresponde a los acreedores perjudicados como consecuencia

de la efectuada subrogación» (1). Otras normas establece el Código, siempre con el intento de impedir que pueda el primer acreedor perjudicar al segundo para favorecer al tercero, renunciando a la propia inscripción sobre el fundo, no subastado o absteniéndose de presentar demanda para el juicio de reconocimiento y prelación; el art. 2.087 le prohíbe desde cierto momento tal renuncia o abstención, considerándolas fraudulentas; lo que constituye un típico ejemplo de obligación del titular de un derecho de ejercitarlo y de responsabilidad por su no ejercicio o abandono.

γ) *En las relaciones entre acreedor hipotecario y tercer poseedor del inmueble* hay que observar que aquí, precisamente, se manifiesta y desenvuelve el carácter real del derecho de hipoteca, el cual cuando haya sido hecho público con la inscripción, confiere al acreedor la facultad de perseguir el inmueble contra quinequiera que lo posea y de promover la subasta del mismo para hacerse pago del crédito con el precio de la venta. Así el tercer poseedor, es decir, aquel que subentrando en la propiedad del inmueble es, por cualquier título de adquisición, extraño a la relación obligatoria y no resulta en modo alguno obligado personalmente por la deuda (art. 2.016) (2), viene a ser responsable por razón de la cosa dentro del doble límite del valor de la misma y de la suma inscrita de las deudas contraídas por su autor hipotecariamente garantidas; responsabilidad que no es jamás personal, forzándole únicamente a sufrir la ejecución forzosa, promovida por los acreedores inscritos y a perder de lo obteni-

(1) Sobre la índole de la subrogación en favor del acreedor perjudicado, sus precedentes históricos y su extensión respecto de los bienes sobre los cuales puede ejercitarse, ver Melucci, *Sist. ipot.*, pág. 213 y siguientes (de la 1.^a ed.), Pacifici, *Ist. III*, 2, pág. 539 y siguientes y *Tr. dei priv. e ipoteche*, II, pág. 442; Polacco, *Una questione in materia di subingresso ipotecario (Temi ven.*, XI, 1886; Ferrarini, *Una questione di subingresso ipotecario (Note dir. civ.*, 1898, pág. 23 y siguientes); G. P. Chironi, *La surrogazione ipotecaria a favore del creditore perdente (Riv. dir. comm.*, 1918, I, pág. 477 y siguientes).

(2) Sobre la más precisa determinación de la figura de tercer poseedor, ver Melucci, *Sist. ipot.*, pág. 254 y siguientes (de la 1.^a ed.), Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 2, pág. 627 y siguientes, núm. 44.

do en la subasta lo absorbido por los créditos hipotecarios (artículos 2.014 y 2.077).

Ahora bien, tenida en cuenta su especial posición de extraño a la relación obligatoria, y considerando que para conseguir el fin práctico que la hipoteca se propone, no precisa recurrir siempre al extremo remedio de la subasta, la ley concede al tercer poseedor una triple facultad si quiere evitar aquélla con derecho a ejercer libremente una u otra y a ejercerla luego de la intimación de pago o por el acreedor (artículos 2.014 y 2.041) y hasta tanto no comience la ejecución de venta en pública subasta (art. 2.018), es decir, dentro del término que la ley le otorga para decidir el mejor partido a tomar:

1) Puede, en primer término, *pagar* los créditos inscritos y sus accesorios, según el art. 2.010 (art. 2.013) en la cuantía con que cada crédito figura en la inscripción o en cantidad menor si es menor efectivamente el crédito.

2) Puede, en segundo término (y esto ocurrirá cuando la suma de los créditos inscritos sea superior al valor del inmueble de modo que no convenza al tercer poseedor el ejercicio de la anterior facultad), promover el llamado *juicio de purgación*, ofreciendo a los acreedores el precio estipulado por él para adquirir el inmueble o el valor por él declarado para que los acreedores puedan, según el orden de sus inscripciones, satisfacer sus créditos en todo o en parte con el dicho precio o valor y de este modo resulte el inmueble liberado de todas las hipotecas inscritas (artículos 2.040, 2.043 y 2.046). Por este medio (que sólo es practicable luego que el tercer poseedor haya transcrito su título de adquisición y haya inscrito hipoteca legal a favor de la masa de acreedores del alienante) cuando el precio ofrecido o declarado corresponde al que aproximadamente se obtendría con la subasta, tanto el tercer poseedor como los acreedores, consiguen respectivamente la ventaja de conservar el inmueble libre de gravámenes y de obtener satisfacción de sus créditos total o parcialmente. Pero la ley no debía privar a los acreedores de la posibilidad de promover la subasta cuantas veces uno solo de los mismos esperase obtener un mayor precio. Puede, por tanto, cualquiera de los acreedores (el que resultara perjudi-

cado por el precio ofrecido, ya que los otros carecerían de interés), rechazar la oferta y promover la subasta con tal que se obligue a aumentar o hacer aumentar en una décima parte el precio ofrecido y preste caución por una suma igual a la quinta parte del precio aumentado (art. 2.045). Ejecutada tal facultad no se puede desistir de ella; con el ejercicio de la subasta han adquirido derechos los demás acreedores y sólo por consentimiento unánime de los mismos se puede desistir de la subasta, aceptando el ofrecimiento del poseedor (art. 2.051).

3) Puede, finalmente, el tercer poseedor preferir la entrega del inmueble, haciendo que éste se despoje de los acreedores en daño del alienante (art. 2.013). Debe esta entrega hacerse sin reserva alguna, puede ser hecha por cualquier tercer poseedor que no se halle personalmente obligado por la deuda, tenga la capacidad de enajenar y se halle autorizado a hacerla (artículo 2.016). Se verifica por una declaración en la Cancillería, a la que sigue por parte del Tribunal el nombramiento de un administrador del inmueble entregado, debiendo contra éste seguirse el procedimiento en lo sucesivo (art. 2.019). Hay un caso, sin embargo, expresamente previsto (distinto de aquellos en que el tercer poseedor se halla personalmente obligado) en el que la facultad de entrega puede ser impugnada por los acreedores: cuando el tercero sea deudor del precio. Si la suma por él debida al enajenante, es actualmente exigible y basta a satisfacer a todos los acreedores inscritos contra los precedentes propietarios, cada uno de ellos puede obligar al poseedor al pago cuando el título de adquisición haya sido transcrito; si no es actualmente exigible o es menor o diversa de lo que es debido a los acreedores, pueden también éstos pedir el pago hasta la concurrencia de sus créditos con tal que todos los acreedores lo consientan (art. 2.023). En compensación a la perdida facultad de la entrega, el tercer poseedor obtiene la ventaja de ver liberado el inmueble de toda hipoteca y de poder pedir la cancelación de todas las inscripciones.

La facultad de entrega cesa, además, cuando el tercer poseedor haya promovido el juicio de purgación y no surge si, rechazada la oferta por los acreedores, ha sido promovido el juicio de

subasta. En cambio, efectuada la entrega, el poseedor, en tanto no se hayan verificado las subastas, puede recuperar el inmueble entregado, pagando los créditos según el art. 2.013, más los gastos (art. 2.018).

e) *Extinción*.—Que la extinción del crédito o la cesación de la eficacia de la inscripción no debe confundirse con la extinción del derecho de hipoteca, se deduce ya de cuanto se ha dicho referente al carácter accesorio de la hipoteca con relación a la obligación y sobre la función de publicidad que a la inscripción se atribuye. Pueden coincidir la extinción del crédito y la extinción del vínculo hipotecario y es aquella una de las causas de ésta, no pudiendo subsistir un derecho de garantía sin una obligación a garantizar; pero ambos hechos son independientes en la relación inversa, pudiendo extinguirse el derecho de hipoteca subsistiendo el crédito, como ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor hipotecario renuncia a la garantía o la hipoteca haya sido concedida a término o bajo condición, o haya sido cancelada mediante el juicio de graduación, consecuencia del de purgación o del de venta en pública subasta en cuanto el crédito haya quedado total o parcialmente subsistente. Y puede también coincidir con la extinción de la hipoteca la cancelación de la inscripción o la pérdida de su eficacia por el transcurso de treinta años, sin que haya sido renovada; pero también aquí la cesación de la eficacia de la inscripción no implica extinción del derecho de hipoteca, pudiendo subsistir éste sin inscripción, si bien la falta de ésta le priva de eficacia con relación a terceros y le despoja de todo valor substancial como causa de prelación en el concurso de varios acreedores. Sentado esto, las causas de extinción de la hipoteca son:

1) Ante todo, la *extinción de la obligación* es indiferente el modo cómo ésta se extinga (art. 2.029); pero es claro que si el pago, la novación, la remisión de la deuda, etc., son declarados nulos y adquiere el crédito vigor de nuevo, también resurge la hipoteca (art. 2.031), como si jamás se hubiese extinguido, readquiriendo el grado que poseía con arreglo a la inscripción, cuando ésta hubiera sido debidamente conservada; en caso contrario tendrá el grado que le corresponda, según su nueva ins-

cripción por el respeto debido a los derechos adquiridos por los terceros en el intervalo (art. 2.032).

2) La *destrucción total del inmueble* (art. 2.029), salvo que hubiera sido asegurado, porque en tal caso la hipoteca se transfiere y grava el premio del seguro, cuando éste no se aplique a reparar la pérdida (art. 1.951).

3) La *renuncia del acreedor a la garantía* (art. 2.029, número 3), que es por sí independiente de la renuncia al crédito y presupone más bien la existencia de la obligación y es también distinta de la renuncia al grado, la cual no implica extinción de la hipoteca sino solamente pérdida de aquel determinado grado que tenía la inscripción.

4) *El pago íntegro del precio* en el juicio de graduación (artículo 2.029), ya consiguientemente a la venta en pública subasta, ya al juicio de purgación con respecto a las hipotecas cuyos créditos no se satisficieron con el precio, porque con relación a los demás que hayan sido satisfechos, es la misma extinción del crédito causa de extinción del vínculo hipotecario.

5) *El vencimiento del término* o el *cumplimiento de la condición* que hayan sido establecidos al constituir el vínculo (artículo 2.029, números 5 y 6).

6) La *prescripción de treinta años*, la cual no actúa como causa de extinción de la hipoteca, sino en relación con el tercer poseedor que no esté personalmente obligado por la deuda y comienza a correr el día de la adquisición del inmueble. Que no corra para el deudor propietario del inmueble deriva de que la hipoteca, como accesorio del crédito, subsiste en tanto éste exista y puede extinguirse solamente (prescindiendo de las demás causas ya indicadas) como consecuencia de la prescripción del crédito, de modo que si el crédito perdura más allá de los treinta años la hipoteca perdura también y cuando se haya conservado mediante renovación continua, produciendo sus efectos contra terceros. La prescripción del crédito (de treinta años o más breve) la prescripción de treinta años de la hipoteca y la duración de la inscripción por treinta años son, pues, tres fenómenos diversos e independientes. Por esto es viciosa la redacción del artículo 2.030, que declarando «las hipotecas se extinguen igual-

mente por la prescripción, la cual con relación a los bienes poseídos por el deudor se verifica con la prescripción del crédito y con relación a los bienes poseídos por los terceros, se verifica también con el transcurso de treinta años, según las reglas establecidas en el título de la prescripción», inoportunamente identifica la prescripción del crédito con la de la hipoteca y añadiendo el *también* cuando habla de ésta última con referencia al tercer poseedor, puede hacer surgir la duda de que es posible otra especie de prescripción de hipoteca; sin embargo, lo que se quiere significar es que en relación a éste la hipoteca se extingue a más de por la prescripción del crédito, por la prescripción de treinta años del vínculo (I)

(I) NOTA DEL TRADUCTOR. — *Hipotecas.* — Del art. 1.857 del Código civil español, se desprende lógicamente el carácter accesorio de la hipoteca que en términos absolutos no puede sostenerse después de la reforma de 1909. Sus características en relación con la prenda con la que guarda grandes analogías son: Recaer sobre *inmuebles* (art. 1.874). (Véase lo dicho con motivo de la hipoteca naval y de la prenda agrícola.) Quedar la cosa en poder del dueño deudor (art. 1.863) y exigir para su válida constitución forma auténtica e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.865).

El constituyente de este derecho ha de tener la libre disposición de sus bienes o haber obtenido la libre disposición de sus bienes, porque la hipoteca implica una posible enajenación (art. 1.867).

Su objeto son únicamente los bienes inmuebles y derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles (art. 106 de la ley Hipotecaria y 1.874 del Código civil español). Ver también artículos 107 y 108 de la ley.

Su forma es la escritura pública (artículos 146 de la ley y 1.875 del Código civil). Obsérvese cómo el art. 1.978 del Código italiano citado en el texto exige para la constitución de la hipoteca convencional la forma escrita, ya sea escritura pública, ya privada.

POSESION

CAPITULO XVI

La posesión

§ 65.—*Noción de la posesión y fundamento de su protección*

Filomusi, Enc. § 57; Dir. reali, §§ 78, 80 y 82; Brugi, Ist. § 39; Pacifici, Ist. III, § 1, página 7; Chironi, Ist. I, §§ 115, 121 y 122; Zachariae, Man. I, §§ 154-157; Aubry et Rau, Cours, II, 1, §§ 177-178; Planiol, Traité, I, núm. 2.263 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 148-152 (1).

El concepto de la posesión es de aquellos en torno a los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; no

(1) Extraordinariamente rica es la literatura monográfica. Los trabajos más célebres sobre la posesión son los de Savigny, *Das Recht des Besitzes* (1.^a ed., 1803. 7.^a cuidada por Rudorff, 1865, traducción italiana de Conticini-Firenze, 1839; francesa de Städler, París, 1879) y los escritos de Ihering, *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, Iena, 1869 (traducción italiana de Forlani, Milano, 1872; francesa de Meulenaere, *Du fondement de la protection possessoire*, París, 1875; *Fondement des interdits poss*, París, 1882; *Der Besitzwille*, Iena, 1889, traducción francesa de Meulenaere, *Rôle de la volonté dans la possession*, París, 1891); *Besitz en Handwörterbuch der Staatswissenschaften* y en *Jahrb. f. d. Dogm.*, XXXI, pág. 41 y siguientes (traducción francesa de Meulenaere en *Oeuvres choisies*, II, página 213 y siguientes).

Para la teoría romana y derecho común con referencias a nuestro derecho actual. ver Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittel alter und gegenwart*, Tübingen, 1848; *Die Besitzklagen des röm. und hent. Rechts*, Weimar, 1874; Meischeider, *Besitz und Besitzschutz*, Berlín, 1876; Kindel, *Die Grundlagen des röm. Besitzrechtes*, 1883; Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880; Dernburg, *Entwicklung und Begriff des*

hay materia que se halle más llena de dificultades que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica, a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y perderla. La causa de tan ásperas dificultades reside en lo extremadamente delicado del concepto mismo que, abrazando un conjunto más o menos amplio de posiciones de hecho, protegidas o consideradas diversamente por el Derecho objetivo se resiente, en la formulación teórica hecha por los juristas y en la positiva dada por los derechos antiguos y actuales,

jurist. Besitzes des röm Rechts, Berlín, 1883; Scheurl, *Zur Lehre vom röm. Besitzrecht*, Erlangen, 1886; Kuntze, *Zur Besitzlehre*, Leipzig, 1890; Kress, *Besitz und Recht*, Leipzig, 1909; Van Hollander, *Ueber den animus in Recht des Besitzes des Römer*, Halle, 1903; Molitor, *La possession en dr. rom.*, Gand 1851, 2.^a ed., París, 1874, Van Weter, *Traité de la possession en dr. rom.*, 1868; Vermond, *Theorie gen. de la poss. en dr. rom.*, París, 1895; Cornil, *Traité de la poss. dans le dr. rom.*, París, 1905; Alibrandi, *Teoria del poss. sec. il dir. rom.* (Opere, I, p. 217 y siguientes); Riccobono, *La teoria del possesso nel dir. rom.* (Arch. giur., L, 1893, pág. 227 y siguientes); Bonfante, *La possessio civilis e naturalis* (Riv. it. p. le sc. giur., XVI, 1894, página 161 y siguientes, y ahora en *Scritti giur.*, III, pág. 534 y siguientes; Fadda, *Il possesso* (Lez, 1910-11), Napoli, 1911.

Para el derecho francés y el italiano Pothier, *Traité de la possession*; Planck, *Die Lehre vom Besitz nach den Grundsätzen des franz Civilrechts*, Göttingen, 1811; Belime, *Traité de la poss. et des actions poss.* París, 1847; Wodon, *Traité de la poss. et des actions poss.*, 1878; Saleilles, *Etude sur les éléments constitutifs de la poss.*, 1894, y en *Rev. bourg.*, III, 1893, pág. 121 y siguientes, 697 y siguientes; *La poss. des meubles*, París, 1907; Duquesne, *Distinction de la possession et de la selection*, París, 1898; Tartufari A., *Del possesso qualtitolo di diritti*, Roma, 1878; *Dell acquisizione e della perdita del possesso*, Milano, 1888; *Degli effetti del possesso*, Torino, 1886 88; *Del possesso consid. nella sua noz in quanto rig. soggetti e oggetti*, Torino, 1898; Ruggieri, *Il poss. e gl'istituti di diritto prossimi ad esso*, Firenze, 1880; Bellavite, *Il possesso secondo il dir. rom. con riguardo ai cod. mod.* (Arch. giur., III, pág. 511 y siguientes; IV, pág. 583 y siguientes); Scillamá, *Sist. gen. del poss. e delle azioni poss.*, Torino, 1909; Carboni, *Il possesso e i diritti reali in genere*, Torino, 1916; Arnó, *Per la ricostruzione della teoria del possesso*, Modena, 1919.

Para el derecho austriaco Randa, *Der Besitz nach Osterr. Recht*, 1865; (4.^a ed. 1895) y para el alemán Kueip, *Der Besitz des B. G. B.*, Iena, 1900, Strohal *Sachbesitz*, 1897; Saleilles, *Theorie possess. du code civ. allan* (*Rev. crit.*, 1903, pág. 592 y siguientes; 1904, pág. 33 y siguientes).

de oscilaciones conceptuales. En vano se pretendería buscar un punto fijo de partida, que sea común a las varias concepciones teóricas o positivas, y así como la posesión romana fué distinta de la germánica y de la canónica, así difieren también las construcciones teóricas de la institución en el Derecho romano y en el nuestro.

La idea más general de la posesión es la de un estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa en su poder, sea en propia custodia o en propio uso, haya o no en él la intención de tenerla como propia. Este estado de hecho puede corresponder o no corresponder a un derecho de aquél que ejerce el poder sobre la cosa; pero tal estado es tomado en consideración por sí y en determinadas condiciones es protegido por el ordenamiento jurídico y produce efectos varios hasta venir transformada en un estado de derecho. En otros términos, la relación en que el hombre está con las cosas del mundo exterior, destinadas a satisfacer sus necesidades, puede ser concebida de dos modos substancialmente diversos: *a*) Como relación de señorío general o particular, jurídicamente ordenado, es decir, reuniendo en sí los requisitos fundamentales del ordenamiento jurídico para que sea reconocido y protegido de un modo absoluto; *b*) o como una relación de mero hecho en la que el hombre se sirve total o parcialmente de la cosa que se halla en su poder y que viene a ser protegido en sí y por sí independientemente de la legitimidad objetiva de tal poder. La relación de la primera especie será la propiedad o un *ius in re aliena*, según el carácter general o particular del señorío; la de la segunda es la posesión. La cual puede hallarse en la misma persona unida al derecho y esto es lo que ocurre comúnmente (ejemplo: el propietario es también poseedor de su cosa); pero puede hallarse separado de aquél en cuanto el poder de hecho resida en una persona diversa de aquélla a quien corresponde el poder jurídico y puede estar separado por voluntad del mismo titular del poder jurídico sin oponerse a éste (ejemplo: el acreedor pignoraticio posee la cosa propiedad del deudor) o sin y aun contra la voluntad de dicho titular (el ladrón posee la cosa robada, el usurpador el fundo usurpado).

No tiene la posesión nada de común con la propiedad y demás derechos reales (1), si bien aquélla pueda conducir a la adquisición de éstos, ni su defensa provisional con la absoluta de éstos, si bien el propietario o titular de un *ius in re aliena* puedan servirse, si tienen el poder de hecho, de la tutela posesoria. Y así se evidencia cómo también son distintos los que escolásticamente son llamados *ius possessionis* y *ius possidendi*; designa el primero el conjunto de derechos que la posesión origina en el poseedor y especialmente el derecho a la tutela posesoria; el segundo, el derecho que tiene el titular del poder jurídico a poseer su cosa de modo que en las hipótesis examinadas, mientras el *ius possessionis* va unido al *ius possidendi* en el primer caso, estos *iura* pertenecen a personas diversas en el segundo.

Esta noción sumaria no es suficiente para fijar el concepto preciso de la posesión; para penetrar en la íntima naturaleza del fenómeno precisa partir de algunas enseñanzas fundamentales del Derecho romano, de cuyos principios fundamentales muchos perduran aún en nuestro Derecho civil, si bien la institución moderna, por influjo del Derecho canónico y del intermedio, ha venido conformándose a un tipo que difiere en varios de sus aspectos de la clásica *possessio* romana.

Possidere significa para los romanos tener una cosa en el propio poder; tener una potestad de hecho en la cosa que dé la posibilidad de disponer de ella en la totalidad de sus relaciones con exclusión de todos los demás y tener la intención de mantenerse en relación inmediata e independiente con la cosa. Es, pues, la *possessio* un señorío, una sujeción concebidos como relación de hecho independientemente del derecho; expresa, mani-

(1) Este es el significado de la conocida frase *separata esse debet possessio a proprietate*, contenida en el fr. 1, § 2, D. 43. 17, cuya continuación explica claramente el concepto *Fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest ut et possessor idem et dominus sit*; ver también fr. 12. 1. D. 41. 2: *Nihil commune habet proprietas cum possessione* y fr. 52, pr. D. cod., *Permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent*.

fiesta lo que es el normal contenido de la propiedad y exteriorízase como el ejercicio de hecho del dominio. Dos elementos concurren en la formación de la *possessio*: uno, puramente material o físico, consistente en la relación externa o de hecho en que la cosa se halla con respecto a la persona; el otro, psíquico o intelectual, consistente en la voluntad de tener la cosa en la propia disposición libremente y con exclusión de los demás, sujetándola y destinándola de la manera más completa a los propios fines. El primer elemento es designado por los jurisconsultos con las frases *tenere, detinere in possessione esse, naturaliter o corporaliter possidere* y de aquí la *naturalis* o *corporalis possessio* o también con la frase *corpore possidere*, de donde la terminología escolástica tradicional creó el término *corpus* para indicar, no la cosa sobre la que se ejerce el señorío de hecho, sino este mismo señorío o relación física con la cosa. Llaman al elemento psíquico, a la voluntad de disponer *animus* o *affectus possidendi*, términos de los que el lenguaje tradicional crea los de *animus domini* o *animus rem sibi habendi* y que el uso ha abreviado en *animus* (1). Cuando a la relación física o material con la cosa no se une la correspondiente intención de sujetarla, no se da más que una mera *detentación*, una *naturalis possessio* improductiva o casi improductiva de efectos jurídicos; no se tiene posesión, lo mismo que no se tendría *si quis dormienti aliquid in manu ponat* (2).

Que este es el concepto más verdaderamente romano de la posesión, resulta de la etimología de la palabra (*pote* o *potis sedeo*, me siento [de sentar], señor (3)); hay que rechazar la que Paulo, siguiendo a Labeon, daba en el fragmento 1. pr. D. 41. 2.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio quia naturaliter tenetur ab, eo es qui ei insistit quam groeci κατολην dicunt*, y que poniendo de manifiesto únicamente el aspecto físico de la

(1) Ver sobre todo el célebre fr. 3, § 1. D. 41. 2: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*

(2) Fr. 1, § 3. D. 41. 2.

(3) Ver Bonfante, *Il punto di partenze nella teoria rom. del possesso* (*St. per Marioni*, 1, pág. 171 y siguientes, y ahora en *Scritti giur.*, III, página 516 y siguientes).

relación, deja ensombrecido el aspecto espiritual (1). El punto de partida es para los romanos, no la material relación del hombre con la cosa, la mera detentación, sino un poder, porque la *possessio* es *ab origine*, en la conciencia del antiguo pueblo, señorío, dominación (2). Este señorío sobre la cosa sin limitación e independiente implicaba necesariamente el que debía quedar fuera del concepto de la posesión, como contrario a él, el ejercicio de hecho de poderes menos plenos o no autónomos; si la posesión no se da sino sobre cosas corporales (3) y susceptibles de dominio; si la posesión no es más que el aspecto exterior, la actuación externa como poder de hecho de lo que en la propiedad es un poder jurídico, excluidos debían ser de ella no sólo aquellas relaciones que no tienen como objeto inmediato las cosas (por ejemplo los derechos de obligación), sino también los mismos derechos reales diversos de la propiedad, los *in re aliena* en que la cosa no se halla en su integridad sujeta al dominio del titular en el que falta la *possessio corporis*. Sin embargo, como al lado de la potestad de hecho que abarque todas las relaciones de la cosa es posible una potestad de hecho más limitada, circunscrita a una especial relación y correspondiente al contenido de un determinado derecho *in re aliena*, se fué reconociendo análogamente a la posesión de las cosas una posesión de derechos cuyo objeto no es la cosa misma, sino el derecho, por lo que fué llamada *iuris possessio* o (para designar el proceso de extensión del primitivo al nuevo concepto) *quasi possessio*. En otros términos: como el señorío general independiente sobre la cosa constituía la *possessio* como posición de hecho correspondiente a la que jurídicamente constituye la propiedad, así el ejercicio de hecho de un señorío particular y dependiente (que

(1) La misma idea unilateral reaparece en el fr. 3. § 5. D. 41. 2: *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris* en el que la conceptual imposibilidad de una posesión correspondiente a varias personas íntegramente sobre la misma cosa se explica recurriendo a la imposibilidad física de la ocupación de un mismo lugar simultáneamente por dos personas.

(2) Bonfante, op. cit., pág. 183.

(3) Fr. 3. pr. D. 41. 2: *Posideri autem possunt, quae sunt corporalia*.

si objetivamente legítimo y jurídicamente reconocido hubiera dado lugar a un *ius in re aliena*) originaba la idea de una *possessio* del derecho correspondiente a una *iuris quasi possessio*. Pero los romanos no pasaron de los derechos *in re aliena* y de las servidumbres o de aquellos derechos reales que, admitiendo un ejercicio continuo, se prestaban a la extensión a ellos del primitivo concepto de la *possessio*. Y también aquí en la *quasi possessio* los elementos constitutivos eran dos: una relación de hecho con la cosa que asegurase su disposición en los límites del correspondiente derecho (elemento físico) y la voluntad de mantenerse en aquella relación para destinar la cosa en su especial relación a la satisfacción de los propios fines (elemento psíquico) (1).

Prescindiendo por ahora de esta figura más tardía y menos espontánea de la *quasi possessio*, es obvio que el elemento que convierte la detentación en posesión es el *animus* que, vivificando la relación de hecho, la eleva a relación jurídicamente protegida y capaz de producir efectos jurídicos. Pero alrededor de esto, que es el punto central de toda la doctrina, han surgido vivas discusiones entre los romanistas (y se renuevan hoy con repercusión en la doctrina civilista), ya en orden a la más precisa determinación de los caracteres y contenido del *animus*, ya con respecto a su intrínseca valoración como elemento de la posesión.

Dos teorías tienen especial importancia, siendo opuesta una a otra.

Sostiene Savigny (2) en su obra clásica, ser el *animus* el elemento determinante de la posesión, la voluntad el factor decisivo que transforma la detentación en posesión. Esta voluntad es

(1) El concepto de *quasi possessio* comprobado como existente ya en el derecho clásico por Gayo IV, 139, es por algunos atribuido al derecho postclásico; ver Albertario, *Di nuovo sul glossema in Gai*, IV, 139 (Filang., 1914, pág. 69 y siguientes); *La terminología del possesso* (Bull. Ist. dir. rom., XXVII, pág. 275 y siguientes); Perozzi, *I modi pretori d'acquisto delle servitu* (Riv. it. p. le sc. giur., 1897, pág. 1.167 y siguientes).

(2) Ver sobre el influjo de las ideas kantianas sobre la doctrina posesoria el escrito de Solari, *Sulla dottrina del possesso di Savigny* (en *Studi per Chironi*, I, pág. 555 y siguientes).

la de tener la cosa para sí, es la intención de ejercer la propiedad; el *animus possidendi* se identifica con el *animus domini* (la *Ψυχή δεσπόζοντος* de las fuentes griegas) (1) y se contrapone de un modo absoluto (porque en la mera detentación hay que admitir también un *animus*) al *animus detinendi* del detentador, el cual, no teniendo o no pudiendo tener la intención de tratar la cosa como propia, la posee por otro (*nomine alieni*). Son detentadores porque no tienen ni pueden tener un *animus domini* el arrendatario, el comodatario, el depositario; poseen *nomine alieni*, no *nomine proprio*; realizan su cometido con respecto a la posesión ajena que reside en el arrendador comodante y depositante, respectivamente.

A la posesión y sólo a la posesión es concedida protección, y ésta se actuaba, como es sabido, mediante los interdictos pretorios. La detentación, por el contrario, se hallaba desprovista de tutela. Había tres casos excepcionales de protección concedida a los detentores: el acreedor pignoraticio, el precarista, el secuestratario al gozar también de la protección interdictal, son designados como poseedores, si bien, como los demás, no quieren tener la cosa para sí. Estos casos excepcionales fueron explicados por Savigny recurriendo al concepto de la *posesión derivada*; el poseedor originario podía transferir a otros su posesión o sea no sólo la material detentación, sino también el derecho de posesión que goza de la protección interdictal. Así esas tres figuras anómalas de poseedores desprovistos del *animus domini* y tratados, sin embargo, como verdaderos poseedores, eran por él elevados al imperio de la regla general que no admite posesión y por ello tampoco defensa sin concurrir un *animus* calificado.

A la teoría de Savigny, que por basarse toda ella en el elemento espiritual es llamada *teoría subjetiva* o de la *voluntad*, se opuso vivamente Ihering con una teoría que él mismo llamó *objetiva* y en la cual se priva al *animus* de toda importancia y a la voluntad de todo valor como elemento decisivo para distin-

(1) Así en la paráfrasis griega de las Instituciones (II, 9, § 4; III, 29, § 2) y en los basílicos (60, 5, 22, sch. 1). Es observación antigua pero quizás infundada y no decisiva que a *Ψυχή δεσπόζοντος* correspondería más exactamente *animus dominantis*.

guir la posesión de la detentación. No es que niegue la existencia de un elemento intencional (porque sin él tendríamos un simple hecho material de la relación de la cosa a la persona), pero niega, sí, la existencia de un *animus* particular de la posesión como elemento esencial de la misma y especialmente de un *animus domini* o un *animus rem sibi habendi*; no reconoce diferencia entre el tener la cosa para sí (*nomine proprio*) y el tenerla para otro (*nomine alieno*). En otros términos, para constituir la posesión es para él suficiente la relación corporal con la cosa acompañada de la intención de querer mantener tal relación; así que toda detentación por regla general es posesión en cuanto que el concepto de posesión requiere un poder físico sobre la cosa, voluntariamente querido y ejercitado (1).

El ordenamiento jurídico, sin embargo, continúa Ihering, no concede defensa en todo caso de detentación; hay algunos en que la *causa possessionis*, la relación que media entre quien tiene la cosa en su poder y aquel de quien la obtuvo, revela que la cosa es tenida en interés ajeno y no propio o es tal que no puede considerarse (por motivos históricos) como digna de protección directa; tal causa degrada, por decirlo así, la posesión, reduciéndola a una relación de mera detentación desprovista de la tutela interdictal. Así sucede con el depositario, el comodatario, el mandatario, el arrendatario, cuya relación con la cosa no es considerada digna de la tutela posesoria por el ordenamiento jurídico.

La diferencia entre ambas concepciones es, como se ve, profunda. Mientras para Savigny constituye excepción en el sistema la protección interdictal concedida al acreedor pignoraticio, al secuestratario y al precarista, para Ihering la excepción consiste en haber sido excluidos de la protección interdictal el arrendatario, el depositario, el comodatario.

No menos apasionadas discusiones han surgido alrededor de otros puntos de la teoría romana de la posesión provocadas, a decir verdad, por la oscilante terminología de las fuentes y por

(1) Ver Scialoja, *Il possesso del precarista* (St. per Bologna, pág. 223 y siguientes).

las dificultades para armonizarla. Aparecen en ellas (y algunos se reproducen en el lenguaje técnico de los civilistas) varios términos designando grados o especies diversas de posesión a los que corresponden efectos jurídicos distintos; al lado de la *possessio* simple hay una *possessio naturalis* o *corporalis*, una *possessio civilis*, una *possessio iusta* o *iniusta*.

Segura e indudable es la significación de esta última: es injusta la posesión adquirida del adversario violenta o clandestinamente o por concesión precaria; justa es la exenta de tales vicios (*nec vi nec clam nec precario*). Discutido es el significado de los restantes términos, de los cuales cada uno significa la ascensión progresiva de la mera detentación a la posesión protegida por los interdictos y a una posesión de grado superior que da lugar a una defensa absoluta, a la adquisición de los frutos, a la adquisición del dominio por usucapión.

Según la teoría de Savigny la *possessio naturalis* denota la relación física con la cosa, la detentación, que no produce efecto jurídico alguno, porque el *corpus* no está vivificado por el *animus domini*. Frente a ella aparece la posesión verdadera y propia y ésta es de dos especies, la posesión que sin especificación indica técnicamente la posesión protegida por el Pretor mediante los *interdictos* (*possessio ad interdicta*) y la *possessio civilis* cuya característica consiste en hacer posible la usucapión (*possessio ad usucapionem*) y que constituye un grado más elevado de la posesión en cuanto que produce un efecto ulterior (la usucapión) a más del que es común a la precedente, el de ser protegido con los interdictos.

Otros dan a la *possessio naturalis* un doble significado: como contrapuesta a la *possessio* simplemente, aquélla denota la mera relación de hecho, la detentación; como contrapuesta a *possessio civilis* tanto la simple *possessio corpore* (detentación) como la verdadera y propia posesión; es decir, aquella en que el *corpus* está vivificado con el *animus*. *Possessio civilis*, por el contrario, es aquella que a más del concurso del *corpus* y del *animus* presenta otro requisito, el haber sido adquirida mediante una *iusta causa*.

Para otros la contraposición de *possessio naturalis* y *possessio*

civilis radica en que la primera denota la detentación, la segunda toda posesión con efectos jurídicos y, por tanto, también la *possessio ad interdicta*.

Es un mérito de Riccobono (1) el haber intentado con éxito una solución de muchos enigmas producidos por la terminología de los textos, despojando la doctrina de los clásicos de los añadidos e interpolaciones bizantinas a las que se debe la desesperante confusión de las fuentes. El resultado de sus investigaciones conduce a sostener que dos figuras de posesión admitió solamente el Derecho romano, una posesión civil reconocida por el *ius civile* y que actúa sólo en la esfera de éste (*possessio civilis*) y una posesión pretoria reconocida por el Pretor mediante los interdictos (*possessio* simplemente o *possessio ad interdicta*). Elementos esenciales y comunes a las dos especies son la relación física con la cosa (*corpus*) y la voluntad de tener ésta para sí de modo libre e independiente (*animus*). Cuando esta voluntad falta no hay más que el hecho de una relación material con la cosa, la mera detentación que excluye toda idea de posesión (*possessio naturalis*). Elemento característico de la *possessio civilis* que se añade a los dos primeros es la *iusta causa*, o sea una relación o causa de adquisición de la posesión reconocida por el *ius civile* (y luego también por el *ius gentium*) como apta a producir la adquisición del dominio (ejemplo, donación, compra venta, legado). Toda otra causa que no sea título apto a transferir el dominio y que confiera solamente un poder limitado en la cosa (ejemplo, comodato, depósito, arrendamiento) coloca la relación con la cosa, no sólo fuera de la *possessio civilis*, sino también fuera de

(1) *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse* (Savigny-Stiftung, Röm. Abt., XXXI, pág. 321 y siguientes); *La teoría rom. dei rapporti di possesso le dottrine dei moderni e le legislazioni* (Bull. Ist. dir. rom.) XXIII, pág. 5 y siguientes); *Atti de soc. it. per il progresso delle scienze IV riunione*, 1910, página 868 y siguientes; *Vechi e nuovi problemi intorno a la terminologia del possesso* (St. per Chironi, I, pág. 377 y siguientes). Sobre los resultados obtenidos por este autor con divergencias por lo que respecta a la terminología justiniana, ver Albertario, *La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustiniana e bizantine* (Filang., XXXVII, 1912, páginas 380, 511 y siguientes); *La terminologia del possesso* (Bull. Ist. dir. rom., XXVII, pág. 275 y siguientes).

la pretoria, porque la *causa* excluye la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre e independiente, en propia disposición y con exclusión de los demás; se reduce simplemente a la detentación o *possessio naturalis* que está siempre desprovista de la protección interdicial. Por vía excepcional, sin embargo, en la categoría de los detentadores el Pretor concede defensa a tres de ellos; la concede al acreedor pignoraticio, al precarista y al secuestratario, aunque falte en ellos el *animus* cualificado que eleva la detentación a posesión y la concede por motivos especiales en consideración a la causa de la tradición, la cual exige que el acreedor pignoraticio pueda mantenerse siempre y libremente en relación con la cosa que representa su garantía, que el precarista pueda defenderse contra todos para conservar la cosa puesta a su libre disposición por el concedente, que al secuestratario sea otorgada defensa y no a los que le confirieron el depósito de la cosa controvertida y que precisamente por razón de la controversia fueron privados de la posesión. El *animus* que aquí falta es substituído por la causa de la detentación y ésta es suficiente en consecuencia con el *corpus* para elevar la figura a la dignidad de la posesión.

Para representar esquemáticamente las distintas configuraciones de la relación, llamemos *c.* al *corpus*, es decir, a la relación física con la cosa (unida al elemento intencional más rudimentario o *animus detinendi*), *a.* a la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre, independiente y exclusivo (*animus domini* o *rem sibi habendi*), *r.* a la relación o *justa causa*, que es el fundamento de la *p. civilis*, y tendremos:

<i>p. naturalis</i> o detentación	= <i>c</i>
<i>possessio</i> o <i>p. ad interdicta</i>	= <i>c + a</i>
<i>p. civilis</i>	= <i>c + a + r</i>

Si con *r'* representamos la causa especial de la detentación que substituye al *animus*, los tres casos vistos de posesión anómala se expresan con la fórmula *c + r'*. Por otra parte, la divergencia fundamental de las teorías de Ihering y Savigny sobre la distinción entre posesión y detentación resulta evidente en

las siguientes fórmulas en que con x se quiere indicar el elemento que, al contrario de lo que ocurre en la posesión, falta en la detentación, substrayendo a ésta de la protección interdictal:

Según Savigny: posesión = $c + a$ detentación = c

Según Ihering: posesión = c detentación = $c - x$

Estas premisas facilitan la comprensión de lo que es la posesión en Derecho moderno y, particularmente en nuestro Código civil.

Conviene, ante todo, sentar que el *animus* tiene gradaciones diversas y de la distinta manera de entenderlo derivan todas las divergencias en su formulación dogmática y legislativa.

1) La especie más elemental es la que acompaña todo acto de detentación y que se concreta en el acto mismo de detentar (*animus detinendi*); es la simple voluntad de mantenerse en relación con la cosa, de tenerla.

2) La especie más elevada es, por el contrario, aquella en que el poseedor no sólo tiene la intención de tener la cosa como dueño (*animus domini*), sino que tiene, además, la creencia de ser propietario (*opinio domini*); se apoya ésta en un título apto a transferir el dominio, cuyos vicios, que impiden el efectivo traspaso del dominio, son ignorados del poseedor (poseedor de buena fe).

Entre estos dos extremos hay figuras intermedias en las que el *animus* tiene un contenido diverso, según el derecho que se quiere ejercitar y el interés de la persona a quien la relación posesoria sirve o va dirigida.

3) Hay detentadores que tienen la cosa no para sí, es decir, no en utilidad o ventaja propias, sino exclusivamente en interés ajeno; no se da una relación de sujeción a su poder, de disfrute o apropiación económica, la tienen en custodia y carecen de un *animus possidendi*. Tal es, por ejemplo, la condición del depositario, del mandatario, del dependiente del comercio.

4) Hay quienes detentan la cosa en interés propio para destinarla a una necesidad propia, para efectuar un acto de disfrute en la misma, la tienen en uso, no ya en custodia, como los

primeros. En éstos, si por *animus possidendi* se entiende el *animus domini*, falta el *animus*, porque no tienen ni podrían tener la intención de tratar la cosa como propietarios de la misma o de ejercitar en ella un derecho real cualquiera; pero hay, sin embargo, un *animus* que es de grado más intenso que el de las figuras precedentes, porque la voluntad se dirige a tener la cosa, no en interés ajeno, sino en el propio. Tales son, por ejemplo, el arrendatario y el comodatario.

Ambas categorías, si bien netamente distintas, tienen un elemento común que frecuentemente ha inducido a fundirlas en una sola; es el elemento negativo, consistente en la ausencia del *animus domini*. Ahora bien; puesto que en el lenguaje técnico la voz *poseedor* alterna con la de detentador, se suele decir que éstos son *poseedores precarios* o poseedores en nombre ajeno en cuanto son instrumentos de la posesión ajena, prestan su ministerio a la posesión de aquel de quien recibieron la cosa (depositante, arrendador, comodante). Pero con ulterior subdistinción se añade que mientras los primeros nada poseen por sí, los segundos deben considerarse como verdaderos poseedores, porque no poseyendo la cosa respecto al derecho de propiedad, la poseen, sin embargo, respecto al derecho que pretenden ejercitar. Serían poseedores *nomine proprio* respecto a este derecho, poseedores *nomine alieno* respecto a la propiedad.

5) Frente a las dos categorías examinadas está la de aquellos que poseen la cosa por sí, de modo libre e independiente, que tienen el *animus domini*, quieren sujetarla, tenerla como propia (*animus rem sibi habendi*). En ella figuran dos órdenes de poseedores: por una parte, los que quieren tener la cosa como propia y la intención de tratarla como propietarios; por otra, aquellos que quieren sujetarla no en todos sus aspectos, sino en uno o en varios, ejerciendo un derecho real menor que la propiedad (ejemplo: usufructuario, poseedor de una servidumbre predial); para éstos resulta inadecuada la expresión *animus domini*. Sin embargo, puede justificarse la locución en cuanto que con ella se quiera indicar que respecto al *ius in re aliena*, el poseedor se comporta como un titular efectivo, como propietario de aquel derecho.

Sentado esto, se comprende que el concepto de la posesión pueda variar profundamente, según que se extienda hasta comprender todas las categorías enumeradas antes o se restrinja de modo que excluya no sólo la primera, sino también la tercera y la cuarta. Si se toma como punto de partida que el *animus* necesario a la posesión es el *animus domini* (en el sentido más comprensivo que se ha visto), quedan fuera de la posesión y figuran en el concepto de detentación las varias categorías de los llamados poseedores precarios. Y viceversa si al *animus possidendi* se da una significación tal que se contraponga al *animus domini*.

Ahora, respecto al elemento voluntad, y prescindiendo aquí de su calificación, a dos tipos distintos se reduce la posesión en las modernas legislaciones civiles.

Uno es el acogido por el Código civil alemán y por el suizo. Se inspiran en la teoría de Ihering y construyen la posesión eliminando como requisito de su concepción más general el elemento de la voluntad. El Código alemán (§ 854), al declarar que la posesión de una cosa se adquiere consiguiendo el poder de hecho sobre la misma, no exige un *animus* cualificado (salvo, naturalmente, aquel más elemental momento volitivo que es inherente al mismo poder de hecho en cuanto es querido). Y si, posteriormente (§ 872), al distinguir la posesión de cosa como propia y la de cosa como ajena (*Eigenbesitz, Fremdbesitz*) y admitir varias posesiones paralelas y subordinadas (§ 868) funda la distinción en la existencia de una intención de poseer la cosa por sí o como propia del que posee, esto no es óbice para que del concepto general de la posesión se elimine el elemento *animus*. Con otras palabras, la voluntad que la teoría romana y tradicional consideraba como elemento capital de distinción entre la detentación y la posesión no posee ya tal virtud; toda detentación, en general, es elevada a posesión y sólo cuando la tutela de la posesión tan ampliamente entendida no se da (respecto a aquellos que detentan la cosa por cuenta ajena en cuanto que ejercen el poder en la cosa por otros en cuya inmediata dependencia se hallan, § 855), se está frente a un caso de detentación. El criterio distintivo lo da aquí, no la voluntad, sino la situación objetiva, o sea las rela-

ciones específicas en base de las cuales aquel poder de hecho se adquirió; así, pues, se elimina toda indagación sobre aquella para determinar caso por caso si el poder de hecho se debe considerar detentación (1) o posesión. Mas enérgico aún, en lo que se refiere a esta exclusión de la voluntad, es el Código suizo (artículo 919), para el cual es poseedor todo el que tenga en su poder la cosa siquiera sea momentáneamente (2).

En la doctrina tradicional se informa el sistema de las demás legislaciones, entre las que figuran el Código civil francés y el italiano. La distinción entre ambos conceptos es dada aquí siempre por el *animus* y el *animus* es ya la voluntad de tener la cosa como propia (*animus domini* o *rem sibi habendi*), o la voluntad más simple de poseer, de hacer servir la cosa a los propios usos o necesidades sin la intención de ejercer derecho real alguno en la misma. Que si la definición que de la posesión dan ambos Códigos y la formulación de las restantes normas en que se contiene el concepto de la posesión no son siempre claras, visible es el influjo de la teoría romana por una parte y las romano-cánónicas por otra.

Mejorando sensiblemente el sistema adoptado por el Código napoleónico (que se ocupaba de la posesión incidentalmente y a propósito de la prescripción, art. 2.228 y siguientes) en cuanto que el nuestro dedica a la materia un título independiente (artículos 685 y 709), el Código italiano define la posesión «la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por sí o por medio de otro que detenta la cosa o goza del derecho en su nombre» (artículo 685). En esta definición, que es traducida literalmente del Código francés (art. 2.228) y que deriva de las doctrinas de Pothier, no se hace referencia a ningún elemento espiritual. El *animus* no aparece como elemento esencial de la posesión sino en el artículo siguiente, el 686, en que se define la posesión legítima concibiéndola romanamente como voluntad de tener la cosa

(1) Ver trabajos preparatorios Prot. III, pág. 30 y siguientes; Crome, *Syst. d. dent. bürg. Rechts*, III, § 345, págs. 27-28; Riccobono, *Bull. ist. diritto rom.*, XXIII, pág. 20 y siguientes; Baudry-Lacantinerie, *Prescrizione* (trad. it. de Segré), pág. 161.

(2) Huber, *Exposé des motifs*, pág. 694; Baudry, op. cit. l. at.

como propia (*animus domini*). Parece, pues, a primera vista, que una tenencia cualquiera, cualquiera relación física, debía considerarse posesión, a tenor del sentido amplísimo del art. 685. Pero hay que tener presente que ya una neta distinción se hace entre aquel que tiene la cosa por sí mismo y aquel que la tiene por otro, y no entra en la definición el que detenta la cosa en nombre ajeno, sino sólo el que la detenta en el propio. Y por otra parte si la intención de tener la cosa como propia que el art. 686 considera como requisito esencial de la posesión legítima, no agota todas las posibles figuras del *animus* del poseedor, otra voluntad distinta de ésta se admite en la definición del art. 685; es la voluntad de aquellos que se llaman poseedores en nombre ajeno (con referencia al derecho de propiedad) o poseedores precarios, y que suelen designarse genéricamente detentadores.

Finalmente, puesto que en la definición de la posesión, a más de la tenencia de una cosa, se habla del disfrute de un derecho, hay implícita aquí una nueva distinción en cuanto al *animus*, que si con relación a la cosa puede ser *a. detinendi*, con relación a los derechos tiene que ser forzosamente *a. domini*.

Si se parte de estas consideraciones, puede decirse que el concepto de la posesión, según la ley italiana, es más amplio que el romano, siendo el *animus domini* elemento de un grado superior de la posesión, no de todas las especies de la misma; comprende en la posesión la detentación (excluyendo aquella en la que no hay más *animus* que la voluntad inherente e implícita en el acto mismo de detentar) y la detentación constituye el primer grado de la posesión (art. 685) para elevarla a posesión legítima (art. 686) cuando concorra sin vicios el *animus domini* y a posesión de buena fe (art. 701) cuando a los requisitos del legítimo se añada el título hábil para transferir el dominio y la ignorancia en el poseedor de los vicios del título.

Ha desaparecido también toda distinción entre *possessio* y *quasi possessio*; en su definición más amplia, el art. 685 comprende, bajo el nombre de posesión, tanto la tenencia de las cosas corporales como el ejercicio de un derecho, añadiendo que como aquéllas pueden ser poseídas mediante otras personas,

así también el derecho puede ser mediante otro ejercitado.

Son, pues, objeto de la posesión tanto las cosas como los derechos (1), pero ni todas las cosas corporales ni todos los derechos son susceptibles, para nuestro Código, de posesión.

Entre las primeras se excluyen las cosas fuera del comercio; no produce efecto jurídico alguno la posesión de aquellas cosas cuya propiedad no puede ser adquirida (art. 690). Ni, por otra parte, es posible la posesión de cosas que no tengan autonomía o individualidad propia, como aquellas que se hallan unidas a otras formando parte de éstas (2). Se excluyen de los derechos los que no figuran en la categoría de los reales, y de éstos tampoco son todos admitidos como objeto de la posesión. Con esto vuelve nuestro Derecho a los principios de Derecho romano, reaccionando contra la tendencia del Derecho intermedio que al extender la tutela posesoria de los derechos reales a los derechos de estado, de familia, de obligación, acabó por incluir toda especie de derecho con tal que fuese susceptible de un ejercicio continuado. El Derecho feudal y el canónico, sobre todo, habían operado esta amplificación al admitir que quienquiera que hubiese sido violenta o secretamente despojado de una cosa o de un derecho real o del ejercicio de cualquiera otro derecho personal o de crédito (especialmente importantes eran los casos de posesión de diezmos, rentas, censos, oficios), pudiera obtener la reintegración en la posesión de la cosa o del derecho, aunque éste fuese independiente de la tenencia de una cosa. Hoy ya no es posible porque sólo los derechos reales mobiliarios o inmobiliarios son susceptibles de posesión (3), y si también la ley ha-

(1) Ver Milone, *Il possesso delle cose o dei diritti*, Napoli, 1875; Brini, *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel dir. rom.* (*St. per Bologne*, página 131 y siguientes); *Possesso di diritti e gestione di negozi in dir. rom.*, Bologne, 1909; Ravail, *Objet de la possession*, París, 1899, y *Revue gen. du droit*, 1900-1901; Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (ver sobre ésta la reseña de Chironi en la *Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, pág. 253 y siguientes).

(2) Perozzi, *Sul possesso di partidicose* *St. per Bologne*, pág. 243 y siguientes).

(3) Entiéndase que aquí y posteriormente se habla de la posesión propiamente dicha, es decir, de la posesión legítima protegida con la acción de mantenimiento. Dentro de qué límites las categorías de derechos

bla de una posesión de estado familiar (artículos 118, 121, 171 y siguientes) o de la condición de heredero (art. 933) o del crédito (art. 1.242), es en sentido muy diferente al de una posesión técnica a la que se confiere la tutela posesoria (1).

Pero en los mismos derechos reales los hay que no son susceptibles de la posesión. Así, las servidumbres (2) que no sean continuas y aparentes y todas las discontinuas, no son aptas para ser poseídas legítimamente y no son mantenibles (3) porque o falta en ellas la publicidad o son equívocas, siendo incierto si la tal servidumbre se ejercita por tolerancia ajena o como dere-

que se hallan excluidas de la puedan ser tuteladas en caso de despojo por la acción de reintegración, es cuestión muy discutida que cae fuera de la índole elemental de esta obra. Se hablará, sin embargo, más adelante al tratar de la acción de despojo.

(1) La significación de estas frases es diversa: posesión de crédito o de la cualidad de heredero indica que se trata de un acreedor o de un heredero aparente; posesión del estado de hijo legítimo o de cónyuge que uno u otro goza en las relaciones familiares de la condición de hijo legítimo o de la de cónyuge. Pero ninguno de los efectos de la posesión se da aquí. Así, en orden a la posesión de estado, ésta constituye solamente un elemento de prueba del derecho. La posesión verdadera y propia de un derecho de obligación implicaría si se admitiese, que quien tiene el disfrute del mismo exigiendo desde cierto tiempo las prestaciones periódicas del deudor o el pago de los intereses tuviera acción para ser mantenido en el goce del mismo y podría continuar exigiendo cuando el deudor, apercibido de que no era deudor, suspendiese el pago. Esto no lo ha consentido nuestra ley; la acción de mantenimiento que protege la posesión legítima no es concedida más que en orden a los derechos reales. Sobre esto está acorde la doctrina; no falta, sin embargo, quien afirma poderse extender la posesión a los derechos personales (Tartufari, *Del possesso considerato nella sua nozione*, núm. 143 y siguientes). Para la crítica de su doctrina, ver Cesáreo Consolo, *Possesso*, pág. 113 y siguientes. Sobre un caso muy interesante de posesión de créditos reconocido en la antigua legislación napolitana por un Decreto de 30 de Enero de 1817 para asegurar a las instituciones benéficas el cobro de sus créditos, no obstante la pérdida de los títulos relativos, ver Gianturco, *Dir. reali*, página 99 y siguientes.

(2) Lo que sigue no se aplica a las servidumbres legales, las cuales reconociendo su título en la ley son todas ellas susceptibles de posesión.

(3) Ver Germano, *Ammissibilita dell'azione di manutenzione*, etc. (Legge, 1910, pág. 75, núm. 189 y siguientes).

cho independiente (artículos 688 y 630). Para suprimir el equívoco no queda otra solución que la exhibición del título en que se apoye el ejercicio de tal servidumbre; es la exhibición que se suele llamar hecha *pro colorando possessorio* y que no implica un examen del derecho (lo que transformaría en petitorio el juicio posesorio) sino un auxiliar para que el juez compruebe si se trata o no de una posesión precaria. Y lo mismo puede decirse del derecho de hipoteca y de prenda; no obstante ser derechos reales no pueden ser objeto de posesión, porque no pueden ejercitarse de un modo continuo (1).

Puede la posesión corresponder a varias personas a un mismo tiempo y entonces se produce la figura especial de la *coposesión* que se estructura de un modo análogo al condominio. Igualmente al dominio no se concibe que la posesión pueda corresponder íntegramente (*in solidum*) a varias personas y esto fué ya reconocido por los jurisconsultos romanos (2). Se debe entender aquí, análogamente, al condominio, que cada uno posee la cosa o derecho por partes intelectuales (*possessio pro indiviso*) de modo que la cuota sea la medida de los poderes de cada uno sin constituir una parte real o efectiva de la cosa o del derecho sobre que se ejerza la posesión (3).

A la relación de hecho vivificada por el *animus* (en la distinta gradación de que éste es susceptible) el derecho objetivo asocia una serie de efectos entre los que figura en primer término la tutela concedida al poseedor contra todo ataque o perturbación. En qué forma, mediante qué acciones y en qué condiciones la ley actúa esta tutela, es cosa que se verá más adelante.

(1) Ver en sentido contrario, Tartufari, *Del possesso*, pág. 242 y siguientes.

(2) Paulo, fr. 3. § 5. D. 41. 2. *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris... non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*; ver fr. 5. § 15. D. 13. 6.

(3) Sobre la materia, ver Gugino, *Della possessio in solidum e della compossessio in dir. rom.*, Palermo, 1879; Segré, *Sulla natura del compossesso in dir. rom.*, 1889; *Possesso pro indiviso e azione di divisione tra compossessori* (*Foro it.*, 1907, I, pág. 1.246 y siguientes).

Aquí precisa responder a la cuestión de por qué el ordenamiento jurídico concede protección a un estado de hecho fuera e independientemente del derecho, que por ventura le corresponde, y aunque no le corresponda, ¿cuál es el fundamento de la protección posesoria?

Antigua cuestión a la que los juristas de todo tiempo han dado respuestas muy diferentes, sin que hasta la fecha se haya conseguido acuerdo (1). Quizás la causa del desacuerdo estriba en la posición de la cuestión, que suele ser planteada de modo abstracto, general y filosófico, más bien que con relación a cada ordenamiento positivo en el que existen causas y motivos peculiares que justifican la defensa, mientras en otro ordenamiento se dan otras causas y motivos de índole diversa (2). Quizás también en que las razones aducidas por cada uno se consideran excluyentes de las demás, siendo así que varios y diversos motivos pueden concurrir conjuntamente (3) o ser uno la razón próxima del otro como cada uno de los fines que la tutela persigue, puede ser la razón próxima de un fin ulterior.

Muy difundida, especialmente en la doctrina francesa, una primera teoría afirma que la razón de la tutela posesoria reside en una presunción de propiedad (4). Si el ordenamiento se decide a proteger un estado de hecho y a garantizar al poseedor en su relación con la cosa, proveyéndolo de acciones contra toda perturbación o atentado, es porque se presume (en consonancia al *quod plerumque accidit*), que todo poseedor es propietario. Puede y debe ocurrir que cuando el poseedor no sea propietario

(1) Sobre las varias teorías formuladas por los escritores, ver Savigny, *Das Recht des Besitzes*, pág. 46 y siguientes; Appleton, *Essai sur le fondement de la protection poss.*, París, 1893; ver también Gans, *Ueber die Grundlage des Besitzrechts*, 1839.

(2) Perozzi, *Ist. di dir. rom.*, I, pág. 538, núm. 1.

(3) Milone, *Il possesso delle cose e dei diritti*, pág. 10; Pacifici, *Ist.* III, I, 9, núm. 1; Gianturco, *Dir. reali*, pág. 83.

(4) Siguiendo a Pothier, *Poss.* § 2 y otros más antiguos: Troplong, *Prescrizione*, I, núm. 237; Zachariae-Crome, *Man.* I, § 157; pág. 425; Aubry et Rau, *Cours* II, § 177, pág. 108; Baraton, *Azzioni poss.*, pág. 20, Buonamici, *Arch. giur.*, IX, pág. 400, etc.; Filomusi, *Enc. giur.*, § 67, págs. 305 y 313, núm. 1; Cesáreo Consolo, *Poss.*, núm. 14, pág. 23, etc.

la posesión sea protegida independientemente de la propiedad y a veces aun contra la propiedad; pero la situación más corriente es la de que a la posesión corresponda generalmente la propiedad y en base de esta normal situación que origina aquella presunción, es concedida la tutela. En este mismo concepto se funda la teoría de aquellos que mejorando la fórmula y considerando la relación posesoria en un aspecto más general, hablan más bien que de presunción de propiedad, de una presunción de legitimidad del derecho poseído (1). Puesto que no solamente las cosas, sino también los derechos se poseen, la presunción excesivamente restringida de propiedad la extienden a todos los derechos y ven la razón de la tutela posesoria en la presunta correspondencia del estado de hecho con el de derecho.

Da una idea muy distinta, si bien algunos la relacionan con la primera parte, Ihering en su célebre obra sobre el fundamento de la protección posesoria (2). No es la presunción de propiedad la que produce la defensa, ni la posesión en sí misma la que ha querido proteger el ordenamiento jurídico (y se alude al romano especialmente). La posesión no es tutelada por sí misma, sino en atención a la propiedad y la tutela de aquélla es un complemento de la tutela de la propiedad, sin que la protección de la primera se justifique con la presunción de la segunda. Ello es que, debiéndose otorgar a la propiedad una defensa más ágil y pronta que la originada en el juicio petitorio, esta defensa se actuó tomando en consideración solamente el elemento externo de la propiedad, es decir, la posesión de hecho manifestada en la posesión, sin que se exija la prueba del derecho de propiedad; considerada suficiente para proteger más expeditamente la propiedad, la simple prueba de la existencia de aquel elemento externo, producía como necesaria consecuencia que en todo caso la posesión resultase protegida, aun cuando no fuese acompañada del derecho de propiedad.

Otros autores recurren al principio del orden y de la seguri-

(1) Ver por ejemplo Zachariae-Crome, l. cit.; Baudry-Lacantinerie, *Prescrip.*, núm. 210, pág. 171, Tartufari, *Effetti del possesso*, I, § 19.

(2) *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, Iena, 1869 (Trad. it., Forlani, Milano, 1872).

dad pública, a la necesidad de la paz social. No es lícito a quienquiera que sea alterar el estado de hecho que se concreta en cada posesión, porque todo ataque o lesión a ésta implica un acto de violencia y la violencia, como contraria al Derecho, perjudica a la paz social y debe ser reprimida. No puede el Estado consentir que los ciudadanos se hagan justicia por sí y debe impedir (*ne cives ad arma veniant*) todo conflicto violento que pudiera poner en peligro la paz social (1). Ni substancialmente se aleja mucho de este concepto el de que la protección se deba por el respeto a la personalidad humana; toda lesión de la posesión se traduce en un atentado al derecho de la personalidad que es inviolable (2).

Y más precisamente según algunos, es la voluntad humana la que en la posesión se tutela; la voluntad de una persona jurídicamente capaz, que se afirma en el acto de la posesión, exige respeto por parte de todos, en tanto no se demuestre que es injusto; todo atentado contra ella debe ser reprimido aun cuando aquella voluntad no corresponda al derecho, porque sólo a los órganos del Estado se confiere la autoridad de comprobar si tal voluntad es justa o injusta (3).

Se llega así con modalidades y construcciones diversas a afirmar que la posesión debe ser defendida en sí y por sí, abstracción hecha de todo motivo de prohibición de la violencia, de exigencias de la paz social, de presunciones de propiedad o de legitimidad. La razón de la protección posesoria se sitúa en el respeto debido al señorío de la voluntad, en la posesión misma en cuanto que quien ejerce un poder de hecho sobre la cosa, debe ser preferido a quien no lo ejerce, *qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui*

(1) Savigny, op. cit., pág. 8 y siguientes; Rudorff, *Zeitschr. f. gesch. Rechtswis.*, VII, pág. 90 y siguientes; Bonfante, *Ist. dir. rom.*, págs. 304-305, etcétera.

(2) Bruns, *Besitzklausur*, pág. 281 y siguientes; Ferrini, *Pand.*, número 237, pág. 293; Cesáreo Consolo, *Poss.*, núm. 35; pág. 68, etc.

(3) Puchta, *Inst.* II, § 224; *Kl. civ. Schriften*, número 15; Windscheid, *Pand.* I, 2, § 148; Randa, *Der Besitz nach Osterr. Recht*, §§ 1-8; Melitor, *Poss.*, núm. 10; Gans, *Ueber die Grundlage des Besitzrechts*; etc.

non possidet (1). Y si otro tiene en la cosa un derecho mejor que el que la posee, no debe éste ceder a tal derecho, en tanto no sea demostrada su superioridad (2).

No podemos nosotros entretenernos en el examen y discusión de todas estas teorías. Quizás, como dijimos ya antes, varios motivos pueden concurrir a justificar la posesión. La que a nuestro juicio merece, sin embargo, menos acogida, es la teoría de la presunción de la propiedad, que la más moderna crítica ha demostrado insuficiente y errónea. Si por la referencia que a ella se hace en la relación sobre el Código de Procedimiento civil, se deduce que tal es la razón de la protección concedida a la posesión por nuestro legislador, a nosotros nos parece dudoso que se funde sobre tal motivo (3). A lo sumo puede ser cierto, sólo en la especie más elevada de la posesión, en la de buena fe en que la intención de tener la cosa como propia se une en el poseedor a la *opinio* de ser su propietario (o titular del *ius in re aliena*)

Como deba resolverse la otra cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho, no es para nosotros dudoso. La contienda aparece ya entre los jurisconsultos romanos. Es un hecho dicen las fuentes en un lugar, *possessio autem plurimum facti habet* (Pap., fr. 19, D. 4, 6; ver fr. 1, § 3, 3, § 5, D. 41, 2); pero es un hecho, se añade, en otros, *quod plurimum ex jure mutatur* (Pap., fr. 49, pr., D. 41, 2); *quia*, repite el mismo Papiniano (fr. 49, § 1, D. Cód.) *possessio non tantum corporis sed et iuris est*. Y de éstas, que parecieron inconciliables contradicciones, se originó entre los juristas modernos, romanistas y civilistas, una discusión que todavía no ha cesado (4).

No ven en ella algunos más que una *res facti*, si bien se aso-

(1) Paulo, fr. 2. D. 43. 13; ver fr. 36. D. 41. 2.

(2) Filomusi, *Enc. giur.*, § 67, págs. 305-306, § 68, pág. 321; *Dir. reali*, § 79; pág. 277.

(3) Ver Cesáreo Consolo, *Poss.* núm. 37, pág. 71.

(4) Riccobono, *Bull. ist. dir, rom.*, XXIII, pág. 17-18, cree que la disputa en lo que respecta al derecho romano no tiene ya razón de ser después de sus aclaraciones terminológicas es una *res facti* la posesión interdical porque se constituye solamente de elementos subjetivos; en la posesión civil entra un elemento jurídico porque reposa sobre una causa que es reconocida por el derecho civil.

cien a la posesión consecuencias jurídicas; es una relación con la cosa, un hecho que confiere al poseedor derechos sin subordinarlos a la existencia de la propiedad o del *ius in re aliena*, que el poseedor ejercita o quiere ejercitar. Pero por esto mismo que produce consecuencias jurídicas, no es en sí un derecho ni basta la tutela a imprimirle tal carácter; tan cierto es que si la posesión se pierde *casu*, no le es concedida protección alguna (1).

Afirmaba, por el contrario, Savigny (2), que es, al mismo tiempo, un hecho y un derecho; es originariamente un hecho que, sin embargo, se convierte en derecho en sus consecuencias, porque crea un derecho personal, el de invocar la defensa interdictal (3).

Para otros, finalmente, es un derecho; es un derecho en cuanto es un interés jurídicamente protegido (4) o en cuanto representa una propiedad incipiente (5); es un derecho, porque la relación de hombre con la cosa se halla protegida por el ordenamiento aún contra el propietario de la cosa (6). Pero de qué naturaleza sea este derecho, se discute mucho; mientras algunos le dotan de carácter real, siendo ejercitable *erga omnes*, otros lo consideran personal, porque en la tutela de la posesión es el derecho de la personalidad el que resulta protegido; otros, en fin, le consideran como un derecho real *sui generis* (7).

(1) Windscheid, Pand. I, 2. § 150; Alibrandi, *Teoria del poss. sec. il dir. rom.* (Opere I, pág. 236 y siguientes); Ferrini, Pand. § 237; Bonfante, Ist. pág. 305; Pothier, Poss., núm. 3; Aubry et Rau, Cours II; § 177; Zachariae-Crome, Man. I, § 155, pág. 422; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz.*, página 166.

(2) *Das Recht des Besitzes*, § 5.

(3) Contra la insuficiencia e indeterminación de esta concepción, ver Alibrandi, Opere I, pág. 240; Filomusi, *Enc. giur.*, pág. 311, número 1; *Dir reali.*, pág. 276; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 25.

(4) Ihering, *Geist. d. röm Rechts*, III, pág. 39 y siguientes; ver también Fadda, *Possesso*, pág. 74 y siguientes.

(5) Gans, *Syst. de röm Civilrechts*, pág. 202.

(6) Filomusi, *Enc. giur.*, § 67, pág. 311 y siguientes; *Diritti reali*, página 276 y más extensamente Dusi, *Concetto estensione e limiti del diritto subbietivo del possesso* (*St. sen.*, XVIII, 1901, pág. 65 y siguientes).

(7) Ver Scillamá, op. cit., pág. 442 y siguientes; Ferrara, *Tratt. di dir. civ.*, I, pág. 368, nota que la posesión es una institución no coordina-

La verdad de todo esto es que la posesión puede llamarse un hecho o un derecho, según se mire a los elementos de hecho o de derecho de que está integrado; pero cuando se considera en su conjunto en la disciplina a que la ley le somete, en la protección que ésta le otorga, la posesión asume el carácter de un verdadero y propio derecho.

§ 66.—*Adquisición y pérdida de la posesión*

Brugi, Ist § 40; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 43 y siguientes; Chironi, Ist. I, §§ 123-124; Zachariae, Man. I, §§ 156; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 179-181; Planiol, Traité, I, núm. 2.269 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 153-157.

La gran importancia que en la doctrina general de la posesión tiene el estudio de los modos por los cuales aquella se adquiere y se pierde (1) se comprende fácilmente con solo considerar que sólo a la posesión adquirida y debidamente conservada se asocian los múltiples efectos que ésta produce, se consideren o no éstos como directos y propios de la posesión. Con su adquisición nacen las defensas contra los actos de despojo o perturbación, la dispensa de la prueba concedida al poseedor como demandado en el juicio petitorio, la adquisición de los frutos, el derecho de retención, la posibilidad de convertir, merced a la

da sino paralela a los demás derechos reales en el sentido que es un derecho precario respecto a aquellos que son definitivos o perfectos; la posesión sería un derecho más débil, de energía limitada, que sucumbe cuando se pone frente a quien tiene el poder jurídico.

(1) Pueden consultarse a más de las obras generales sobre la posesión, los trabajos siguientes: Hauser, *Stellvertretung im Besitze*, Leipzig, 1871; Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, Leipzig, 1881; Hirsch, *Die Principien des Sachbesitzerwerbes und verlustes nach röm. Recht*, Leipzig, 1888; Tartufari, *Dell'acquisizione e della perdita del possesso*, Milano, 1888; Dusi, *La successione nel possesso negli atti tra vivi* (*Riv. it. per le sc. giur.*, XVIII, 1894, pág. 3 y siguientes; XIX, 1895, pág. 174 y siguientes; XX, 1895, pág. 46 y siguientes); Regelsberger, *Ueber Besitzerwerb., durch Mittelspersoned* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, 1902, pág. 393 y siguientes); Solazzi, *La dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, Modena, 1911.

usucapión de treinta o de diez años, en propiedad o en derecho real en la cosa ajena la relación de hecho que se tenga con ésta; cesan estos efectos cuando la posesión se pierde y si se transmite de una persona a otra, se extinguen a veces o se perpetúan también en ésta los efectos que se habían iniciado en aquélla. Suelen los escritores examinar distintamente los modos por los cuales la posesión se adquiere, se conserva y se pierde; mas concisamente puede limitarse la cuestión a tratar de los modos de adquisición y pérdida, resultando implícitamente del examen de las condiciones que hacen que la posesión se pierda aquellas otras que hacen que la posesión se conserve (1). Y como cuando la posesión se transfiere de una persona a otra a la adquisición de ésta corresponde la pérdida en aquélla, es claro que en la teoría de la adquisición y pérdida de la posesión, resulta también comprendida la de la transmisión de la posesión. Sin embargo, la importancia que el fenómeno de la transmisión asume en la doble figura de continuidad y unión de posesiones por las reglas especiales que le son aplicadas, reclama un tratamiento especial.

Bastante escaso es en esta esfera el auxilio ofrecido por el Código, el cual, siguiendo las huellas del francés, no apresta un sistema completo de normas, limitándose a establecer algunas presunciones (artículos 687 y 691) o algún principio general (artículos 688 y 689). La doctrina civilística se ve constreñida a recurrir en gran parte a las enseñanzas del Derecho romano (2) y a la sucesiva elaboración que de éstas hizo el derecho intermedio (3).

(1) Ver Savigny, *Besitz*, § 30; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, I, pág. 64. Otros (Cesáreo Consolo, *Possesso* núm. 62, pág. 152), prefieren reducir todas las reglas a dos modos, con los cuales se adquiere y se conserva la posesión considerando que no puede haber pérdida de la posesión en tanto ésta se conserve. La divergencia no tiene importancia substancial tratándose de una pura cuestión metodológica.

(2) La *sedes materiae* es allí en el título 41. 2, *de acquirenda vel a mittenda possessione* del Dig. y 7. 32, *de acquirenda et retinenda poss.* del Código.

(3) Ver Brugi, *Ist.*, pág. 305; Baudry-Lacantinerie, *Prescrip.*, página 173; Zachariae-Crome, *Man.* I, § 156, n.

I. *Adquisición*.—Hallándose la posesión constituida por dos momentos, la relación física con la cosa (*corpus*) y la voluntad de tener ésta en la propia y exclusiva disposición (*animus*), es claro que adquisición de la posesión no puede haber sin la concurrencia de ambos momentos. *Apis cimur possessionem*, dice un notabilísimo texto (1), *corpore et animo neque per se animo, aut per se corpore*. Pero, ¿en qué condiciones se dan ambos elementos?

α) *Corpus*.—La forma más elemental y al propio tiempo la más material con que se ejerce el poder de hecho sobre la cosa es la que se concreta en la aprehensión física de la cosa mueble (*adprehensio, contrectatio*) o en verificarse la relación material posible en el inmueble. Pero junto a ésta se dan otras formas en las que la materialidad del contacto real con la cosa aparece atenuada, la *adprehensio* se espiritualiza y el poder de hecho sobre la cosa se considera adquirido tan pronto tenga el poseedor la posibilidad actual y exclusiva de actuar libremente sobre aquélla. Se comienza admitiendo que si, en orden a los muebles, el tomarlos en las propias manos y el trasladarlos no es posible, basta con tenerlos *in conspectu* (2), que no precisa hollar con el pie todo el terreno, bastando el *ingredi* por alguna parte del mismo (3); se afirma que la entrega de la llave de la cueva-bodega *in re praesenti* hace adquirir el *corpus*, respectivamente, al vino que contiene (4); en cambio, la entrega del fundo puede suplirse señalando desde lejos sus lindes (5); para adquirir el *corpus* basta colocar el objeto dentro de nuestra casa (6) y que la fiera caiga en la trampa que preparamos (7), etc. Se llega así a afirmar que la posesión no se adquiere solamente *corpore et tactu*, sino también *oculis et affectu*. Y se acaba admitiendo en la

(1) Fr. 3. § 1. D. 41. 2; ver también fr. 153. D. 50. 17; Paulo, Sent., 5, 2. 1.

(2) Paulo, fr. 1. § 21. D. 41. 2.

(3) Idem, fr. 3. § 1. D. 41. 2.

(4) Idem, fr. 1. § 21. cit., *et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerit*.

(5) Celso, fr. 18. § 2. D. 41. 2.

(6) Idem, fr. 18. § 2. cit.

(7) Proculo, fr. 55. D. 41. 1.

posesión que se adquiere mediante tradición formas de ésta cada vez más espiritualizadas, en las que la entrega material de la cosa se representa por la indicación que de ella se hace o es sustituida por símbolos o suprimida si se considera inútil cualquier desplazamiento de la cosa. Al lado de la tradición real figuran las varias formas de *ficta traditio*; la *tr. longa manu*, en la que la cosa, en lugar de ser materialmente entregada, es indicada y puesta así en la libre disposición de la persona; la *tr. simbólica*, que se verifica en orden a las cosas contenidas en un edificio o en orden al edificio mismo por la entrega de sus llaves; en orden a los inmuebles, por la entrega de los títulos y documentos relativos (artículos 1.464 y 1.465); la *tr. brevi manu*, cuando quien debe adquirir la posesión tiene ya en sus manos la cosa a título de detentador (ejemplo, un arrendatario que compre la cosa que le ha sido arrendada), de modo que no precise repetir la entrega; el *constitutum possessorium*, en el que quien enajenó la cosa propia conviene con el adquirente el retenerla, por ejemplo, a título de arrendatario y no necesita hacer entrega al adquirente, sino que se constituye en representante suyo en la posesión.

El recurrir, como la doctrina antigua y sobre todo la medioeval hacían, a la idea de una tradición fingida y simbólica, era provocado por el concepto excesivamente materialista que se tenía del *corpus*. Cuando éste se conciba como la posibilidad física y actual de actuar en la cosa y de disponer de ella excluyendo a los demás, toda forma en que tal posibilidad se exteriorice entra en su concepto sin necesidad de aquella artificiosa construcción; la indicación de la cosa, la entrega de las llaves o de los títulos de propiedad, poniendo la cosa a la libre disposición del adquirente (1), producen el *corpus* sin requerirse una material aprehensión, y cuando al *corpus* se une el elemento intelectual basta para que la posesión pueda considerarse adquirida.

(1) Y en general otras formas prácticas de aprehensión, como por ejemplo, el contraseñar las cosas muebles con nombre y marca; ver Kohler, *Das Signieren als Besitzergreifungsakt* (Grünhut's Zeitschr, XII, 1), el poner la póliza de cargo o boletín de expedición de las mercancías, etc.

Sin embargo, si puede prescindirse de la aprehensión material cuando la disponibilidad se opere por modo derivativo, por tradición que al nuevo poseedor haga el precedente, es natural que tal aprehensión sea indispensable cuando la posesión se adquiriera de modo independiente, es decir, mediante una adquisición originaria (por ejemplo, por ocupación); aquí es preciso para que el *corpus* se dé un acto externo en que se manifieste el poder físico que sobre la cosa se quiere ejercitar, si bien ni siquiera en este caso se exige el material contacto con la cosa.

β) *Animus*.—La intención de comportarse con la cosa como un propietario (o respecto al derecho como un titular) o la de tener la cosa en interés propio o ajeno—si en el concepto de posesión se incluye también el de detentación—es tan esencial como el *corpus* a la adquisición de la posesión; no posee quien no quiere dominar la cosa o ejercer el derecho, no obstante hallarse en relación con aquélla o con éste. Puede el *animus* ser declarado expresamente, pero, por regla general, se manifiesta en actos externos que lo revelan. Es la aprehensión misma la que revela frecuentemente el *animus* del poseedor, de modo que parece que, identificado el elemento espiritual con el *corpus*, aquél se desvanezca y se pierda. Otras veces se manifiesta en un acuerdo con el precedente poseedor que implícitamente lo contiene, de modo que parece que con solo el *animus*, sin concurrir el *corpus*, se adquiriera la posesión; así ocurre en la *traditio brevi manu* y en el *constitutum possessorium* cuando en el acuerdo de las partes se contiene, respectivamente, la intención de hacer poseedor a quien ya tenía la cosa poseyéndola *alieno nomine*, o la de hacer poseedor a quien adquirió la cosa dejando a título distinto la detentación al alienante.

No es, pues, necesario que el *animus* surja contemporáneamente al *corpus*, sino sólo que concurren a un tiempo y perduren ambos elementos. Puede el primero sobrevenir uniéndose al segundo, que existe ya en el poseedor; se opera en tal caso un cambio de *animus*: en lugar de querer como hasta entonces poseer en nombre ajeno, se quiere ahora una posesión *nomine proprio*, produciéndose con la pérdida de la posesión en uno su adquisición en otro. Lo cual puede ocurrir, ya con el consentimien-

to del precedente poseedor, como en la *traditio brevi manu*, ya contra la voluntad de aquél y hasta con un acto ilícito si, por ejemplo, el depositario cambia su *animus detinendi* por un *animus possidendi* alterando el título.

Consecuencia necesaria de la naturaleza espiritual que tiene este elemento es que las personas incapaces de querer no son capaces de adquirir la posesión. Sin embargo, también éstas pueden adquirirla cuando su voluntad imperfecta, deficiente, sea integrada o sustituida por la de sus representantes legales; al menor, al loco, a la persona jurídica, sirve el *animus* del tutor, del curador, del administrador.

Pero, por otra parte, la intención útil a constituir la posesión no puede formarse libremente en todo caso; la ley pone límites a la voluntad declarándola ineficaz por razón de la cosa a que se dirige o por el respeto debido a su relación con el precedente poseedor, y para evitar cuestiones sienta luego presunciones sobre la existencia o duración de la posesión, de las cuales algunas, si bien no se refieren propiamente al *animus*, deben ser recordadas aquí por no perjudicar la unidad de la exposición.

Ineficaz es la voluntad de poseer respecto a las cosas que se hallan sustraídas a la libre apropiación (art. 690). Ineficaz es el cambio de voluntad verificado en quien posee en nombre ajeno sin un cambio de título hecho debidamente. El principio general es que nadie puede por sí solo alterar la causa o el principio de donde trae origen su posesión (art. 2.118), y cuando el arrendatario, el depositario, el usufructuario y, en general, los que poseen la cosa precariamente (art. 2.115) quieran cambiar el *animus* y comenzar a poseer por sí, debe tal cambio ocurrir por causa proveniente de un tercero o por virtud de la oposición o contradicción hecha por éstos del derecho de aquel en cuyo nombre poseen (art. 2.116 (1)). Para proteger a quien posee mediante otros, el Código sienta como regla que cuando se haya comenzado a poseer en nombre ajeno se presume que se continúa poseyendo por el mismo título en tanto no se produzca

(1) Véase sobre el cambio de título lo dicho a propósito de la prescripción adquisitiva.

prueba en contrario (art. 687, párrafo 1.º). Por otra parte, puesto que el hecho de la posesión no puede siempre probarse en todos los momentos de su duración, era justo que, probados su iniciación y su fin, se admitiese una presunción favorable por el tiempo intermedio, acogiendo la máxima del antiguo aforismo *probatis extremis praesumuntur media*, el art. 691 admite en favor del poseedor actual que haya probado haber poseído en tiempo más remoto una presunción de posesión por el tiempo intermedio, y el art. 692, excluyéndola para el poseedor actual que no pruebe la posesión antigua, la admite cuando la posesión vaya acompañada de un título, extendiéndola hasta la fecha de éste, salvo en uno y otro caso la prueba en contrario.

Adquisición por medio de representantes.—Hasta aquí se ha supuesto que la adquisición de la posesión sea hecha personalmente, es decir, que el *animus* y el *corpus* hallen concreción en la persona misma que resulte poseedor. Pero la posesión puede adquirirse también mediante representantes cuando un tercero preste su servicio a la posesión ajena.

La regla romana, que se repite en las fuentes, *Possessionem adquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* (1), parece excluir que la representación se admite para uno y otro elemento de la posesión, aceptándose solamente con respecto al *corpus*.

Lo cierto es que el tercero puede representar tanto respecto al *corpus* como respecto al *animus*, pero la representación tiene lugar, por regla general, sólo en orden al *corpus*; en cambio para el *animus* se admite excepcionalmente. El principio general es, en efecto, que el elemento intencional se requiere siempre en aquel que debe adquirir la posesión, y sólo por excepción puede subrogarse el *animus* que en él falta por el *animus* de otro que lo represente. El elemento material puede producirse libremente o por la persona misma del poseedor (*corpore nostro*) o por un tercero (*corpore alieno*) que verifique la *adprehensio* o ejercite el poder de hecho en representación del primero.

Prescindiendo ahora del caso menos frecuente de una repre-

(1) Paulo, Sent., v. 2. 1; fr. 3. § 12. D. 41. 2.

sentación del *animus* que se verifica en la posesión que las personas privadas o incapaces de voluntad (pupilo, mentecato, persona jurídica) adquieren por medio de sus legítimos representantes, cuyo *animus* oficia sustituyendo a aquel de que carecen las dichas personas, la más frecuente representación en el *corpus* implica que la posesión se adquiera en orden a aquellas cosas o derechos que un tercero tenga en su poder con tal que el tercero tenga la intención de tener la cosa o de ejercer el derecho por cuenta de su representado y que éste tenga la voluntad de poseer por medio de su representante.

Doble es, por tanto, la condición a que está subordinada la adquisición por otros.

a) Precisa, en primer término, que el representante tenga la voluntad de tener la cosa o ejercitar el derecho por cuenta ajena, no para sí; puede ser aquél un factor, un mandatario, un comisionista que obre siguiendo nuestras instrucciones, o bien un gestor de negocios que obre sin mandato, pero por cuenta y en interés nuestro. Su voluntad debe dirigirse a adquirir para nosotros, no para sí o para un tercero, porque en este caso nada adquiriríamos nosotros. Pero no precisa de modo absoluto—cuando el *corpus* se verifique por mandato—que el mandatario tenga la intención de adquirir directamente para el mandante o que declare querer adquirir para éste la posesión; se adquiere ésta por el representado, aun cuando el representante haya querido adquirir primero para sí con la intención de hacer luego poseedor al mandante, y también cuando no haya hecho una declaración contraria, es decir, cuando no haya declarado querer adquirir para sí; de lo que deriva que cuando nuestro encargado haya recibido la cosa entregada a él por cuenta nuestra, la posesión de la tal cosa se entiende sin más adquirida por nosotros y no tendría eficacia alguna para privarnos de tal posesión una declaración contraria del *accipiens*. Es supuesto necesario de este primer requisito la existencia de la capacidad de querer en el representante; adquisición de la posesión por otro no es concebible cuando el representante es incapaz de querer.

b) A la voluntad del representado se refiere el segundo requisito: para que se pueda adquirir la posesión mediante otra

persona precisa que tenga la voluntad de poseer o ejercer la cosa o el derecho que otro detenta o ejerce. La forma más corriente en la que suele manifestarse esta voluntad es la del mandato que conferimos a otros para que tomen posesión de una cosa por cuenta nuestra o administren alguna cosa nuestra y aun cuando no haya un encargo especial para una o varias cosas; todo mandato general contiene implícitamente la voluntad de apropiarnos las cosas que el encargado adquiriera por cuenta nuestra (1). La posesión se adquirirá por el mandante en el momento en que el encargado aprehenda la cosa por cuenta da aquél, pero puede también darse la representación sin mandato cuando alguien emprenda la gestión de negocios ajenos sin haber recibido encargo (*negotiorum gestio*); la adquisición de la posesión tiene lugar aquí, no en el momento de la *adprehensio*, sino más tarde, cuando el representado conozca y apruebe con expresa ratificación la posesión adquirida en su nombre (2).

(1) Windscheid, Pand. I, 2. § 155, observa muy atinadamente que aquí hay algo más que una simple representación en el *corpus* y que se puede ver una representación en el *animus*. Refiriéndose especialmente al encargo de administrar todo el patrimonio, por el que, a consecuencia de toda toma de posesión que el administrador realice en ejecución del encargo, el titular del patrimonio se convierte, sin más, en poseedor, escribe: «ciertamente en los casos aquí mencionados el representante es más que un órgano que procura el poder de hecho; es además y al propio tiempo aquél por cuya mediación se actúe el elemento volitivo; aquel para quien quiere adquirir la posesión, tiene la voluntad de poseer solo en cuanto que al conceder el encargo se ha apropiado preventivamente como suya la voluntad del representante».

(2) Ver Ulpiano, fr. 42. § 1. D. 41. 2: *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem: quod si sua sponle emerit non nisi ratum habuerit dominus emptionem*. La razón de la diferencia estriba en que en la *gestio* el *dominus negotii* no puede tener el *animus* de hacer la adquisición antes de tener conocimiento de ésta, mientras que en el *mandato*, el *animus* precede a la toma de posesión de modo que a toda *adprehensio* del encargado está presente, asiste la voluntad del mandante. Se afirma por algunos (por ejemplo, Randa, *Der Besitz*, § 20, número 16; Belime, *Poss.*, núm. 92; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz.*, pág. 184) que la ratificación, teniendo efecto retroactivo hace que la adquisición de la posesión se deba considerar ocurrida en el momento de la *adprehensio* por parte del gestor, la cuestión es muy discutida; ver Aubry et Rau

II. *Pérdida*.—Como la posesión no se adquiere sin el concurso del *corpus* y del *animus*, así se pierde cuando cesa uno de los dos elementos y con mayor razón cuando cesan los dos simultáneamente. *Ut igitur*—escribía Paulo, fr. 153, D. 50, 17—*nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est* (1).

a) Cesan a un tiempo el *animus* y el *corpus* cuando el poseedor pierda el poder de hecho y abandone simultáneamente la voluntad de tener la cosa o ejercitar el derecho. Ocurre esto cuando el poseedor enajena haciendo tenedor de la cosa al adquirente; cuando haga un acto de *derelictio* abandonando la cosa hasta entonces poseída.

b) Puede cesar solamente el *corpus*; subsiste en el poseedor la voluntad de continuar poseyendo, pero tal voluntad no tiene por sí sola eficacia alguna, no pudiendo corresponder a ella el ejercicio completo del poder de hecho. ¿Cuándo se debe considerar perdida la posesión por cesar el *corpus*? Se comprende fácilmente que si toda momentánea suspensión de la relación de hecho entre la persona y la cosa constituyese pérdida, las ventajas que lleva anejas la posesión y la protección que a ésta es concedida resultarían malogradas. El principio general es que se tiene perdida sólo cuando un obstáculo material y permanente se opone al ejercicio del poder de hecho del poseedor. Puede este obstáculo originarse en la cosa misma o de un hecho natural, como cuando el animal selvático readquiera su natural libertad o el domesticado escape a nuestra custodia, perdiendo la *consuetudo revertendi*, o cuando perdemos la cosa sin que pueda hallarse de nuevo; puede provenir del hecho de un tercero si alguien se apodera de nuestra cosa contra nuestra voluntad. Pero el obstáculo debe ser permanente, debe producir una positiva imposibilidad en el poseedor de restablecer su poder de hecho sobre la cosa. Por esto no produce pérdida de la posesión la

Cours II, § 179, núm. 12; Troplong, Prescriz., I, núm. 261; Windscheid, Pand. I, 2. § 155, núm. 10, a.

(1) Ver *lex geminata*, fr. 8. D. 41. 2 y el fr. 44. § 2. D., *nam eins quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel ànimo vel etiam corpore*.

abstención voluntaria del poseedor de actos positivos de ejercicio de su poder en la cosa; aun cuando la cosa no se halle físicamente en sus manos, queda siempre sometida a su libre disposición y esto basta para que se dé el *corpus* (y con el concurso del *animus*) se conserve la posesión.

Esta situación en que el poseedor, aun no teniendo la *detentio* (ni teniéndola otro por él) conserva, sin embargo, la posesión, hizo decir a los romanos y repetir a los modernos que la posesión, si bien no puede adquirirse con sólo la intención, puede sin embargo, *nudo animo* ser conservada (1). La afirmación se refiere particularmente a los inmuebles en orden a los cuales puede ocurrir que se pierda la relación material sin que por esto se entienda perdida la posesión; es menos factible en ellos una custodia continua que en las cosas muebles, de modo que así como para éstos la pérdida de la tenencia (por ejemplo, por el hecho de que un ladrón que se lleva la cosa), la cesación del *corpus*, implica la pérdida de la posesión, en los inmuebles, por el contrario, no ya la abstención de actos materiales de posesión por efecto de momentáneo abandono, alejamiento del lugar u otra causa, sino ni siquiera la usurpación que cometa un tercero apoderándose del inmueble o expulsando al arrendatario determinan la pérdida de la posesión. Rige en nuestro Derecho (2) en tal respecto la regla según la cual la posesión no se entiende perdida sino cuando la ocupación del usurpador dure más de un año (artículos 694 y 2.124), es decir, cuando el poseedor despojado haya dejado transcurrir más de un año sin intentar recuperar el inmueble o sin entablar la acción posesoria (3).

(1). L. 4. c. 7. 32: *Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.*

(2) En orden al derecho romano ver Windscheid, Pand. I. 2. § 156, núm. 8; Ferrini, Pand., núm. 260.

(3) Sobre toda esta parte de la doctrina posesoria hay que consultar para el derecho romano el valioso trabajo de Rotondi, *Possessio quae animo retinetur: contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e del animus possidendi* (Bull. Ist. dir. rom., XXX). Hace notar que en el derecho común se solía llamar *possessio civiles* a la *possessio animo* en contraposición a la *possessio naturalis* que es la posesión *corpore*; precisamente en tal distinción halla su total desenvolvimiento el concepto de

Menos frecuentemente se verifica la pérdida de la posesión por cesar el *animus* solamente. Precisa aquí que el poseedor declare su voluntad de no tener ya más la cosa o ejercer el derecho (1), y tal determinación, por regla general, no se toma sin abandonar simultáneamente el *corpus*, dejando la cosa o cesando en el ejercicio del derecho. Sin embargo, puede haberse perdido cesando sólo el *animus*; esto ocurre en el *constitutum possessorium* en el que quien hasta ahora poseyó la cosa enajenándola a otro, continúa poseyéndola a título distinto y cesa en el *animus* de poseerla para sí, constituyéndose en poseedor en nombre ajeno.

Análogamente a lo ya visto para la adquisición puede también perderse la posesión que se ejerza por medio de representantes. Es claro que la pérdida puede ocurrir por cesar el *animus* en el representado y por cesar en el representante; este último caso se verifica cuando el representante, cambiando el título de su posesión, lo convierte en posesión *nomine proprio* o en posesión en favor de un tercero. Pero puede perderse también por cesar el *corpus* y esto ocurre en todas aquellas formas en que se ha visto que se puede perder el poder de hecho.

III. *Continuación y conjunción de posesiones* (2).—Cuando a la pérdida de la posesión en el poseedor actual corresponde la adquisición de la misma en otra persona, no hay entre ambas posesiones, por regla general, relación alguna de sucesión si no es la puramente cronológica; las dos posesiones quedan distintas e independientes entre sí, con los caracteres y la calificación que les corresponden por el modo con que fueron adquiridas por

que la posesión verdadera y propia es una relación constituída singularmente por la intención que subsiste aun faltando su actuación material.

(1) Fr. 17. § 1. D. 41. 2: *possessio autem recedit ut quisque constituit nolle possidere*, fr. 3. § 6. D. Cód. *In amittenda quoque possessione affectio eim qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis enen possidere protinus amittes possessionem.*

(2) Ver Messina, *Continuazione del possesso e congiunzione dei possessi* (*Eirc. giur.*, 1908; páginas 193, 229, 261 y siguientes; 1909, pág. 57 y siguientes); Zaurucchi, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione* (*Arch. giur.*, LXXII, 1904, pág. 177 y siguientes); Suman, *Successio possessionis et vitia defuncti*, Roma, 1917.

cada poseedor. Una transmisión de la posesión considerada en sí mismo y como estado de hecho no es posible, porque éste se establece caso por caso con el concurso del doble elemento que constituye la posesión; no puede darse transmisión del *corpus* entendido como relación de hecho entre persona y cosa, ni menos aún del *animus*. Cuando se habla de transmisión de la posesión debe entenderse (cuando no se hable de tradición de la cosa) o como transmisión del *ius possidendi*, lo que ocurre siempre que se transfiere el dominio, o como transmisión de las ventajas que la posesión lleva anejas; la transmisión en este segundo caso significa que el poseedor sucesivo puede aprovechar de la posesión del precedente y uniendo la propia posesión a la anterior, invocar los efectos posesorios, principalmente aquellos que como la acción de mantenimiento y la prescripción adquisitiva reposan sobre una posesión prolongada por tiempo determinado.

Pero entonces hay en la posesión una verdadera y propia sucesión en cuanto que al precedente poseedor substituye en la relación directamente una nueva persona que ocupe el lugar de la primera. Ocurre esto en la sucesión *mortis causa* a título universal cuando el heredero, sucediendo en el *universum ius defuncti*, substituye, subroga al difunto en la posesión de sus bienes; ésta se transfiere a él *ipso iure* sin necesidad de material aprehensión; continúa de pleno derecho en la persona del sucesor (art. 925); no tratándose de dos posesiones distintas, la posesión del sucesor tiene todos los caracteres de la del causante.

A estas dos diversas situaciones jurídicas corresponden las dos instituciones de la *continuación* y de la *conjunción* de las posesiones, que se verifican respectivamente en la sucesión a título universal (*successio possessionis*) y en la sucesión a título particular (*accessio possessionis*).

La importancia y la función de la accesión de la posesión se manifiesta en que cuando la adquisición de la posesión no es originaria, sino derivativa, y la posesión del poseedor actual no dure lo suficiente para poder invocar la acción posesoria o la usucapión, aprovecha de la posesión anterior y uniendo ésta a la propia se sirve del tiempo que una y otra duraron. Pero la naturaleza y los efectos son distintos según el carácter de la sucesión

En la hereditaria o a título universal no hay propiamente una conjunción de posesiones, sino más bien la continuación de una posesión única, la del difunto por el heredero. «La posesión continúa de derecho en la persona del sucesor a título universal», dispone el art. 693 y el art. 925 lo confirma manifestando cómo el llamado a la herencia adquiere la posesión por efecto de la delación hereditaria en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de aprehensión material alguna.

«La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero». Esto, que la doctrina medioeval designaba como *civilissima possessio* se reduce en definitiva frente a la figura normal de la posesión a una posesión ficticia o artificial. Esto conduce a la consecuencia de considerar al heredero como despojado de hecho si no ha verificado un acto de aprehensión y otro pretende tener derecho sobre los bienes de la herencia y toma posesión de ellos; y puede sin más ejercitar las acciones posesorias que corresponden al poseedor legítimo (art. 926). De que sea única la posesión deriva que en el heredero conserva los caracteres que tenía en el causante; será legítimo o vicioso, de buena o de mala fe, si tuvo estas mismas cualidades en el autor. La continuación de la posesión tiene, pues, carácter necesario, y aprovecha o perjudica al heredero según que la posesión del difunto fuese o no apta para la usucapión, exenta de vicios y digna o indigna de protección.

En la sucesión a título particular, ya sea por acto *mortis causa* o *inter vivos*, como no hay, según dijimos, ni transmisión de la posesión ni sustitución de una persona por otra en la relación posesoria, habrá dos posesiones distintas, la del autor y la del sucesor, en forma que cada una conserva sus cualidades y caracteres propios. La posesión adquiere en el sucesor a título particular caracteres propios independientes de los que poseía en el autor, esto es, podrá ser legítimo o de buena fe aun habiendo sido ilegítima o de mala fe en el autor. Ahora bien, como aquí no hay continuación de la posesión, la ley consiente al sucesor el unir su posesión a la del autor para invocar y gozar sus efectos (art. 693, párrafo I.º). La unión es facultativa y el sucesor puede servirse de ella para sumar el tiempo de la posesión

propia al de la de su autor, ya a los efectos de la usucapión, ya a los del ejercicio de la acción de mantenimiento, cuando siendo su propia posesión apta para producir uno y otro efecto, halle que la posesión precedente no estaba afecta de vicios o de mala fe; por el contrario, no invocará ésta cuando no le sirviese a tales fines. Para que la conjunción pueda verificarse, precisa: *a*) que ambas posesiones sean uniformes respecto al objeto, que se ejerzan sobre la misma cosa o sobre el mismo derecho; *b*) que sean uniformes en cuanto al título, que se ejerzan con la misma intención, a fin de hacer valer el mismo derecho real; *c*) que entre las dos posesiones no haya habido interrupción civil ni natural, no haya habido privación de la posesión por más de un año (artículo 2.124) ni una demanda o cualquiera otro acto idóneo a interrumpir la prescripción (art. 2.125).

§ 67.—*Grados y efectos de la posesión*

Brugi, Ist. § 39; Pacifici, Ist. III, 1, págs. 11-67; Chironi Ist. I, §§ 116, 120 y 125; Filomusi, Dir. reali, §§ 80-81; Zachariae, Man. I, § 115; Aubry y Rau, Cours II, §§ 180, 182 y 183 bis; Planiol, Traité I, números 2.275, 2.287, 2.311 y siguientes; Windscheid, Pand. 1, 2, § 148.

Si en abstracto la posesión—representada según las diversas construcciones técnicas o legislativas por una relación de hecho que tiene determinados caracteres— es siempre un concepto único, en concreto suele adoptar en cada ordenamiento positivo varias figuras distintas por añadirse a los elementos constitutivos fundamentales otros elementos subjetivos u objetivos a los que la ley atribuye una particular eficacia. Cuando se parte de un tipo elemental de relación física vivificada por el *animus* sin más requisitos ni subjetivos ni objetivos y se considere tal relación como posesión, cualquiera otra relación de aquel tipo que ofrezca otras notas (como la ausencia de vicios, la existencia de un justo título, la buena fe del poseedor) se distingue necesariamente del tipo más elemental y constituye un grado superior de posesión. Se establecen de este modo grados diversos del mismo a los que corresponden efectos diferentes que son más amplios e

intensos a medida que del grado inferior se pasa al grado superior; vienen coordinados a los diversos grados los efectos múltiples que la posesión produce o que a la posesión se asocian, de modo que mientras el grado más elemental sólo produce algunos, el grado más alto y más perfecto los produce todos, es decir, a más de los propios y peculiares todos los demás de los grados anteriores.

Prescindiendo ahora de otras distinciones o categorías que no son de este lugar (1), nuestro Código reconoce tres grados de posesión por haber concebido ésta tan ampliamente que comprende la *detentación*, la figura más elemental de la mera relación de hecho vivificado por el *animus*, para subir a los grados superiores de la *posesión legítima* cuando a los dos elementos fundamentales (*animus* y *corpus*) se unen la ausencia de vicios determinados y una particular calificación del *animus* y de la *posesión de buena fe* cuando a los precedentes requisitos se unan el justo título y la buena fe.

1) *Posesión natural* o *posesión cualquiera*, según la fórmula del art. 695 es aquella que no requiere otros elementos que el material y el espiritual indispensables a toda posesión. A esta figura se refiere el art. 685 que, definiendo la posesión «la tenencia de la cosa o el disfrute de un derecho por sí o por otro que tenga la cosa o ejerza el derecho en su nombre» comprende la mera detentación. Del hecho que no se haga referencia al elemento espiritual no debe deducirse que no se requiere el *animus*; éste se supone; pero la intención de tener la cosa como propia es elevada a requisito de un grado superior de la posesión, la

(1) No figura aquí, por ejemplo, la distinción entre posesión (de las cosas) y cuasi posesión (de los derechos) que resulta suprimida en nuestro derecho como ya dijimos; ni la de posesión tenida directamente y posesión tenida por medio de representantes, o finalmente la de posesión real y posesión de derecho. Esta última contraposición se refiere a la posesión del heredero que se adquiere por el sucesor *ipso iure* sin necesidad de material aprehensión por inmediato efecto de la delación hereditaria (artículos 693-98) frente a él el Código llama posesión real (artículos 952, 959, 962) aquella en que el heredero detenta materialmente los bienes hereditarios y que es por esto una posesión de hecho o efectiva, siendo la otra simplemente ficticia.

legítima, la intención aquí referida es la de tener la cosa sometida a la propia disposición, no la de ejercitar un derecho real. Entran en tal categoría los poseedores precarios, esto es, los que poseen en nombre ajeno en cuanto en relación al derecho de propiedad sirven a la ajena posesión y son tales, ya sea que personalmente ejerzan la posesión en la cosa, ya la ejerzan a su vez otros en su nombre. Excluidos resultan, por tanto, los que detentan la cosa en nombre ajeno (encargado, empleado, mandatario), a los cuales ni siquiera la forma más rudimentaria de la posesión sería aplicable, no concurriendo en ellos con el *corpus* un *animus* cualificado.

2) *Posesión legítima*, entiende el Código que es la continua, no interrumpida, pacífica, pública, inequívoca y con intención de tener la cosa como propia (art. 686); concurren, pues, a formar la legitimidad de la posesión una serie de requisitos, de los cuales los unos son objetivos (continua, no interrumpida), los otros subjetivos (*animus domini*); unos designados positivamente (continua, pacífica), los otros negativamente (no interrumpida, inequívoca). Predomina sobre todos el *animus*, que inexactamente la ley designa como voluntad de tener la cosa como propia (el *animus* puede ser también la voluntad de ejercitar en la cosa un derecho que no sea el de dominio), pero no son menos indispensables los demás requisitos que implican la ausencia de determinados vicios, de modo que cuando uno solo de ellos falte, la posesión se convierte en ilegítima y sin que descienda al grado inferior no puede producir más efectos que los que produce el primero y más elemental grado de la posesión (1). Corresponde esta figura en parte a la *iusta possessio* de los romanos cuyos caracteres designados todos negativamente (*nec vi, nec clam, nec*

(1) Ver Gabba, *Intorno alla definizione del possesso legittimo nel Código civ. it.* (St. per Fadda, IV, pág. 71 y siguientes); afirma que inexactamente los requisitos de la publicidad, no interrupción, condición de pacífica están incluidos en la definición de la posesión legítima; serían más bien aquellos requisitos de la posesión *ad usucapionem* no ya de la posesión considerada en sí misma sin referencia a la usucapión, es decir, la posesión protegida por la acción de mantenimiento. En una futura revisión del Código esta parte deberá ser corregida.

precario) eran la ausencia de vicios de violencia, clandestinidad, precariedad; pero difiere por haberse añadido caracteres nuevos y por la naturaleza de aquel triple requisito que era común a la *iusta possessio*, pero mientras para éste los caracteres *nec vi, nec clam* eran meramente relativos, exigiéndose que la posesión no se hallase viciada por la violencia o la clandestinidad solamente con relación al adversario (*alter ab altero*) así que *adversus extraneos etiam vitiosa possessio prodesse potest* (1), para la posesión legítima deben existir de modo absoluto requiriéndose que en la adquisición no haya habido violencia ni clandestinidad frente a ninguno. Ahora, abstracción hecha del requisito del *animus* de que ya se habló respecto a los demás caracteres, hay que observar cuanto sigue.

a) *Continua* dicese la posesión cuando el poseedor no haya cesado nunca de manifestar con actos externos su intención de querer ejercitar un derecho sobre la cosa, lo que supone el que no cese nunca en el ejercicio del poder de hecho. Esta continuidad no debe entenderse en sentido absoluto; es relativa, se conforma a la naturaleza del derecho que se ejercita y, por tanto, cuando éste se disfrute a intervalos se entenderá que existe esta continuidad cuando se hayan efectuado los actos de disfrute de que la cosa es susceptible. No es, pues, menos continua la posesión de un monte talar o de una servidumbre de paso, porque el ejercicio de la facultad que confiere sea por su naturaleza intermitente y no debe, por tanto, confundirse el concepto de continuidad de la posesión con el que preside a la distinción de servidumbres continuas y discontinuas, lo que explica por qué la posesión de una servidumbre discontinua puede muy bien ser continua. A este requisito se refieren las dos presunciones establecidas en los artículos 691 y 692 recordados antes.

b) *No interrumpida* es la posesión cuando no ha habido por obra de un tercero ni privación del goce de la cosa ni acto alguno que sirva a interrumpir la prescripción. La interrupción puede ser natural y civil; es *natural* cuando el poseedor haya sido privado por más de un año del goce de la cosa (artículo

(1) Ver Gayo, IV, 150; fr. 1. § 9. D. 43. 17.

lo 2.124) (1); es *civil* cuando se entable contra él demanda judicial o se proceda a embargo o secuestro contra él o a cualquiera otro acto que interrumpa la prescripción (art. 2.125). Su efecto es que cuando el poseedor adquiere de nuevo el goce (en el primer caso) o continúe en el mismo (en el segundo), la posesión que sigue al acto interruptivo constituye una posesión nueva que no puede unirse nunca a la anterior para conseguir así el tiempo preciso a la acción de mantenimiento o a la usucapión. Es, por tanto, la interrupción un concepto y un hecho diverso de la discontinuidad de la posesión y no puede suscribirse la opinión de algún autor (2) que ve en la fórmula *continua, no interrumpida* la expresión redundante de una misma idea (3); la discontinuidad presupone un acto negativo (omisión de ejercicio) de parte del poseedor, en tanto que la interrupción presupone un acto positivo (desposesión, notificación de la demanda judicial); mientras aquélla depende de la voluntad del poseedor, ésta se origina en el hecho de un tercero (4).

c) *Pacífica* es la posesión no violenta (*nec vi*), aquella que se adquirió y mantuvo sin violencia alguna, física o moral. Para que la posesión resulte ilegítima, debe haberse ejercido la violencia

(1) No persuade lo que a este propósito observan: Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 30; Cesáreo Consolo, Poss., núm. 164 y siguientes, y otros que admitirían la interrupción aun por efecto de una desposesión que durase menos de un año; su argumentación se basa en un error.

(2) Así, por ejemplo, siguiendo las huellas de Durantón, *Dr. civ.*, XXI número 206, el Filomusi, *Dir. reali*, § 63, pág. 243.

(3) Esto, como reconoce el mismo Filomusi, pág. 241, sería más fácilmente sostenible en el Código francés, cuyo art. 2.229 emplea la fórmula *continue et non interrompue*, y, sin embargo, la casi totalidad de los autores franceses afirma la diversa significación de las dos expresiones.

(4) Esta última cuestión es también muy discutida; muchos autores (ver Pacifici, Ist. III, I, pág. 12; Gianturco, *Dir. reali*, pág. 104; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz.*, núm. 241, etc.), sostienen que la interrupción puede ser producida a más de por el hecho de un tercero por el hecho del mismo poseedor; civil o natural en el primer caso, sería siempre civil en el segundo y éste tiene lugar cuando el poseedor reconozca el derecho ajeno en la cosa poseída perdiendo así el *animus rem sibi habendi*. Toda la argumentación es objeto de controversia. Véanse las principales teorías en las indicaciones de Filomusi, *Dir. reali*, § 63.

contra la posesión; ésta no resulta perjudicada por la violencia que sea causa remota o indirecta de su adquisición (por ejemplo: la violencia empleada para constreñir a otro a celebrar un contrato que implica obligación de entrega de una cosa); pero cuando la violencia es directa, perjudica la posesión, porque es requisito de la misma la ausencia absoluta de tal vicio. Este vicio no acompaña perpetuamente a la posesión; cuando la violencia haya cesado, la posesión se convierte en pacífica y concurren los demás requisitos en legítima, como expresamente lo dispone el art. 689 del Código civil. «Semejantemente los actos violentos o clandestinos no pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima; sin embargo, ésta puede comenzar cuando la violencia o clandestinidad hayan cesado».

La violencia debe faltar tanto en el momento de la adquisición como después; pero se comprende que pensando en la licitud del *vim vi repellere*, si el poseedor para conservar su posesión debe rechazar por la fuerza el ataque violento, tal posesión que surgió exenta de tal vicio continúa luego sin él (1).

Doctrina que se debe rechazar es la de aquéllos que para que haya una posesión legítima exigen, a más de una adquisición *nec vi*, que el poseedor no sea molestado o violentado en su posesión (2); la argumentación principal que aducen de que si el significado de *pacífica* en el art. 686 fuese el determinado en el artículo 689, esta última disposición no tendría razón de ser, cae por su base si se considera la función específica de los artículos 687 y siguientes, consistente en determinar mejor los caracteres indicados en el art. 686 (3).

d) *Pública* es la posesión cuya adquisición y ejercicio no

(1) Esto responde al principio general según el cual todos están autorizados a rechazar con la fuerza toda agresión actual e injusta para proteger un estado de hecho legítimo con tal que la fuerza sea empleada *incontinenti, qui continuat non adtentat*; ver Butera en Filang, XXXI, 1906, páginas 496, 594 y siguientes.

(2) Ver, por ejemplo, Troplong, *Prescr.* II, número 350; Laurent, *Dr. civ.*, XXXII, núm. 280; Ricci, *Dir. civ.*, V, núm. 55; Tartufari, *Eff. del poss.*, II, núm. 727.

(3) Ver en tal sentido Aubry et Rau, *Cours* II, § 180, pág. 131, número 23; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, pág. 32.

son ocultos (*nec clam*); precisa que los actos de goce se verifiquen de un modo visible, en forma que manifiesten a todos y especialmente a aquel a quien la posesión ha sido sustraída la intención del poseedor de querer sujetar la cosa al propio poder. Debe repetirse aquí lo dicho en orden al precedente requisito; cesa el vicio de clandestinidad si ocurrida ocultamente la adquisición, el ejercicio de la posesión se hace luego público (artículo 689); pero viceversa, no basta a hacer clandestina la posesión, públicamente adquirida el que se realice ocultamente cualquier acto de ejercicio.

e) *No equívoca* es finalmente la posesión en que ni el *animus rem sibi habendi*, ni la posesión misma en cuanto a su objeto ofrecen ambigüedad de aquella que no pueda hacer surgir la duda de si el poder de hecho es ejercido por mera tolerancia ajena o por razones de buena vecindad más bien que con la intención de hacer valer un propio derecho; o aquella que es determinada en cuanto a la cosa o derecho en que recae. Suelen los escritores referir este requisito a los anteriores, afirmando que esto exige que la continuidad, publicidad, etc., no sean ambigüas de modo que más que un requisito nuevo y distinto no son más que una ulterior condición de los requisitos ulteriores (1). Sin embargo, parece más exacto entender la *univocidad* como requisito distinto, el cual no puede referirse más que al *corpus* y al *animus* en el sentido ya indicado. Así es equívoca la posesión del condomino respecto a la cosa común, no resultando claro si la posesión que en aquella le corresponde se ejercita por él en nombre propio y exclusivamente para sí o en común, es decir, teniendo por objeto el derecho de propiedad exclusiva (la cosa íntegra) o el derecho de condominio (y, por tanto, una parte ideal de la misma); es equívoca la posesión de quien sin haber adquirido por título la relativa servidumbre, pase por el fundo ajeno, siendo dudoso si el paso se ejercita como derecho o por mera tolerancia del vecino.

A este requisito de la no *equivocidad* se refiere el art. 688: «Los actos meramente facultativos, y los de simple tolerancia,

(1) Ver Aubry et Rau, Cours II, § 217, pág. 337, núm. 8; Baudry-Lacantinerie, Prescriz, núm. 287; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 16, etc.

no pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima».

Son *actos de tolerancia* los que por motivos de buena vecindad o de familiaridad, alguien deja efectuar al propio vecino o a otro que se sirve de la cosa de aquél; son, por regla general, servicios particulares o utilidades que la cosa propia puede prestar a otro sin perjuicio excesivo para el propietario y que éste permite por amistad o cortesía. El pasar por el fundo ajeno, el aprovecharse del ajeno curso de aguas, etc., ofrecen frecuentemente, cuando quien los efectúa no se halla investido de un título legal sino solamente autorizado por un acto de mera condescendencia, el carácter de actos tolerados en cuanto que podrían ser prohibidos; el que se permitan no implica una renuncia a prohibirlos ulteriormente. Puesto que el permiso para efectuarlos puede ser revocado no pueden dar lugar jamás a la adquisición de un derecho por usucapión, y son por ello incapaces de originar una posesión legítima.

Actos meramente facultativos son aquellos que pueden ser realizados por el titular de un derecho complejo, como contenido y desenvolvimiento del derecho mismo, de modo que sea libre de realizarlos o no sin que de la no realización pueda derivarle una pérdida por prescripción extintiva (*in facultativis non datur praescriptio*) ni, por tanto, una adquisición en favor de otro. Corresponden éstos a facultades derivadas de la naturaleza misma del derecho o que nacen de la ley como las que competen al individuo en virtud del derecho de libertad, al dueño por su derecho de propiedad.

Tales son la facultad del propietario de cercar o cerrar el propio fundo, de construir en él, sembrar, abrir pozos, obligar al vecino a que contribuya en los gastos que ocasione la fijación de los lindes (art. 441), la facultad del condómino de pedir la división (art. 681), etc. Ahora, puesto que el derecho exteriorizado por estas facultades no deja de ejercerse porque el propietario no use de modo positivo de las facultades de cerrar, construir, sembrar, etc., es claro que del no ejercicio de éstas no puede derivar en el titular la pérdida de su derecho; su derecho precisamente era el de servirse de la cosa, cerrando o no cerran-

do, construyendo o no construyendo. Nadie puede apoyar en la abstención del propietario del ejercicio de tales facultades, la posesión de un derecho contrario; esto es, pretender que el permiso otorgado, por no haberse edificado en el fundo o no haber sido éste deslindado, se convierta en derecho a prohibir al propietario la edificación o el deslinde. El no ejercicio de estas facultades no significa una condición contraria al derecho, no crea un estado de contradicción entre el hecho y el derecho de donde pueda surgir la adquisición por prescripción de un derecho opuesto. Precisamente por esto es cierto también que si la causa del omitido ejercicio reside en la *contradictio* de un tercero, desde el momento de la contradicción no rechazada por el titular de la facultad, puede iniciarse una posesión legítima en quien la hizo: posesión que tiene por contenido un derecho a prohibir el ejercicio de aquella facultad y que puede llevar merced a la usucapición a la adquisición definitiva de un derecho contrario (1).

3) *Posesión de buena fe* es el último y el grado más elevado de la posesión; es la posesión legítima a la que se añaden ulteriores requisitos que la hacen propia para producir efectos más amplios, requisitos que son el título y la buena fe. «Es poseedor de buena fe quien posee como propietario merced a un título apto para transferir el dominio, cuyos vicios ignoraba»; así reza la definición del art. 701, de la que resulta que la posesión de buena fe se funda en un título que en abstracto sería capaz de transferir el dominio, pero en concreto no sirve a transferirlo, debiendo el poseedor ignorar la existencia de vicios en él. No hay que repetir aquí lo ya dicho al hablar del justo título y de la buena fe y de la relación en que se hallan ambos. Bastará añadir

(1) Sobre la teoría compleja y difícil de los derechos facultativos y de las simples facultades en relación con la prescripción y la posesión, ver Poncet, *De la regle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription* (*Rev. crit.*, 1880, pág. 450 y siguientes); Salvioli, *Sulla dottrina degli atti meramente facoltativi* (*Circ. giur.*, XVIII, 1887; página 120 y siguientes, Bolchini, *I diritti facoltativi e la prescrizione*, Torino, 1899; Modica, *Le facoltà giuridiche e l'art. 688*, Palermo, 1900; Dusi, *Diritti subiettivi e facoltà giuridiche* (*St. sciasci*, XIX, 1902, pág. 225 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 1.087 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 598 y siguientes; III, 3, pág. 61 y siguientes.

que el vicio puede consistir en un defecto cualquiera formal o substancial que afecte la relación y cree obstáculo al transferimiento del dominio; tal sería, por ejemplo, el que el transmitente no fuese propietario de la cosa, el ser incapaz el que enajena el haber empleado para la venta de un inmueble la forma verbal en lugar de la escríta que prescribe el art. 1.314 ó para la donación la escritura privada en lugar de la pública, como dispone el artículo 1.056. Se discute si es admitido todo vicio, aun aquel que produce nulidad absoluta del título por defecto de forma con tal que sea ignorado del poseedor. La discusión tiene su origen en la disposición del art. 2.137, que exige para la usucapión decenal a la que solamente puede conducir la posesión de buena fe un título que no sea nulo por defecto de forma. En nuestra opinión no se puede juzgar de los vicios del título del mismo modo en uno que en otro de los efectos que la posesión de buena fe produce, y varios y más o menos intensos son como diremos pronto estos efectos entre los cuales figuran la usucapión decenal por una parte, la adquisición de los frutos y el *ius retentionis* por otra. Ahora, puesto que la condición de no ser el título nulo por defecto de forma es requerida por la ley en la posesión de buena fe en cuanto conduce a la usucapión decenal (artículo 2.137), no en orden a los demás efectos y en particular a la adquisición de frutos y la *retentio* (art. 701), hay que convenir en que para constituir la posesión de buena fe baste un título cualquiera, ya resulte viciado en su forma o en su substancia; dejando a salvo la limitación que a los efectos de la usucapión decenal, la ley establece exigiendo un título que no sea nulo por defecto de forma.

En cuanto a la buena fe, ésta consiste en la ignorancia de los vicios del título, se basa, pues, en un error. Este error puede ser de hecho o de derecho, puede referirse a un hecho que el poseedor ignore (si creyó que el que enajenó era el propietario) o a una norma jurídica, cuya existencia ignore el poseedor, o cuyas consecuencias jurídicas el poseedor no alcance íntegramente. Lo mismo que el error de hecho, así también el error de derecho puede servir de fundamento a la buena fe; ésta puede darse en el error de derecho, sin que a esto sea obstáculo el pre-

cepto general, que prohíbe alegar la ignorancia de la ley; no exime de su cumplimiento tal alegación. Las máximas *nemo censetur ignorare legem, error rel ignorante iuris non excusat*, son ciertas y se aplican a los fines de la universal obligatoriedad de las normas, pero no reciben aplicación cuando la ignorancia de éstas se alegue, no para eludir sus preceptos, sino para evitar las consecuencias dañosas de un acto realizado bajo el imperio de un error de derecho o para mantener los efectos favorables de tal acto (1).

La eficacia de la posesión se manifiesta a más de en la especial protección que el Derecho le concede con las acciones posesorias en la serie de beneficios o ventajas (los llamados *commoda possessionis*) que la posesión produce directamente o que se asocian al hecho de la posesión. Corresponde al poseedor, ante todo, la posición de demandado en los juicios en que el propietario de la cosa o el titular del derecho que es objeto de la posesión, reclame como suyos la cosa o el derecho, y la ventaja consiste en poder rechazar la demanda del actor, sin más que invocar su posesión (*possideo quia possi deo*), si el adversario no prueba su derecho. El poseedor viene así dispensado de la carga de la prueba y vence en el litigio cuando el actor no pruebe su derecho. Tiene el poseedor derecho a rechazar con la fuerza toda violencia privada (*vim vi repellere licet*), es decir, puede defender por sí su posesión contra los ataques violentos, sea cual fuere su procedencia. La posesión cuando es legítima, produce la adquisición de la propiedad o de los demás derechos reales si se prolonga por treinta años, bastando solo diez cuando la posesión se une a un justo título transcrito y a la buena fe. Concede derecho a indemnización por las mejoras introducidas en la cosa por el poseedor; si la posesión es de buen fe produce

(1) Ver Venezian, *L'errore di diritto e il possesso di buona fede* (*Giur. it.*, LVII, 1905, pág. 367); Bonfante, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore* (*Bull. Ist. dir. rom.*, VI, pág. 85 y siguientes, ahora en *Scritti giur.*, II, pág. 708 y siguientes); *Note ulteriori sul giusto titolo* (*Att. Ist. Lomb.*, XXXIX, 1906, pág. 783, ahora en *Scritti giur.*, II, pág. 748 y siguientes); Tartufari, *Eff. del possesso*, núm. 1.092; Cimbali, *Del possesso per acquistari i frutti*, núm. 104; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, pág. 40 y siguientes.

en el poseedor la adquisición de los frutos y confiere a éste el derecho de retención en garantía de las indemnizaciones que le son debidas por las mejoras. Crea, finalmente, en favor del poseedor una presunción de propiedad o más exactamente una presunción de legal pertenencia del derecho que es objeto de la posesión, y si la cosa es mueble, la posesión de buena fe produce, sin más, la adquisición de la propiedad en virtud de la regla, según la que «la posesión en orden a las cosas muebles equivale al título».

Sobre si son todos estos efectos de la posesión, efectos propios de la misma, se discute vivamente. Discrepante se muestra la doctrina y la discrepancia deriva de que por efectos de la posesión entienden algunos los que produce por sí misma, sin necesitar el concurso de ningún otro elemento, otros creen que de un modo más general, que son los que se asocian al hecho de la posesión. La doctrina no se ha mostrado acorde, ni entre los juristas antiguos, que enumeraban hasta 72 *commoda possessionis*, ni entre los modernos civilistas franceses que reducen los efectos todos al de presunción de propiedad. Se afirma por muchos, y la enseñanza se remonta ya a Savigny, que no puede considerarse como efecto de la posesión el derecho del poseedor a rechazar con la fuerza toda violencia privada, porque la legítima defensa privada se aplica también a otro estado de hecho contra el que un tercero atente con violencia; en cuanto a la dispensa de la prueba por la posición de demandado que el poseedor asume en el juicio, es común a todo demandado y no efecto particular de la posesión, pudiendo darse también en todo estado de hecho subsistente por la voluntad de una persona. En cuanto a los demás efectos se observa que se reducen todos a la defensa posesoria y a la usucapión o a la presunción de propiedad solamente. La discusión tiene más importancia académica que práctica; si por efectos de la posesión se entienden los que ésta produce por sí, sin el concurso de otros elementos, bien pueden considerarse como los más conspicuos los antes enunciados.

Mayor importancia tiene el observar que tales efectos no son todos producidos por el mismo grado de posesión, sino que se coordinan a los diferentes grados de la misma; cada grado pro-

duce algunos efectos propios, y como cada grado de la posesión resulta de la posesión de grado inmediatamente inferior a la que se añaden requisitos ulteriores, se deduce que mientras el primero y más elemental (posesión natural, detentación) no produce sino algunos, la legítima produce, a más de éstos, otros, y la de buena fe produce toda la suma, es decir, los propios, los de la posesión natural y los de la legítima.

Más particularmente:

1) *La posesión natural* es, en primer lugar, *a*), protegida contra todo despojo violento u oculto con la acción de reintegración o de despojo que reintegra al poseedor o detentador rápidamente en la posesión, y se da contra quien haya sustraído oculta o violentamente la posesión, aunque fuese propietario de la cosa poseída (artículos 695 y 696); *b*), exime al poseedor de la prueba en el juicio petitorio, confiriéndole la más cómoda posición de demandado; *c*), le autoriza a defenderse con la fuerza contra todo atentado violento a su posesión.

2) *La posesión legítima*, a más de la tutela antes indicada contra el despojo, *a*), goza de una tutela contra las perturbaciones o molestias, y ésta se actúa con la acción de mantenimiento (art. 694), que tiende a hacer cesar las molestias o perturbaciones; *b*), conduce, si se prolonga por treinta años, a la usucapión (artículos 2.105, 2.106 y 2.135), convirtiendo al poseedor en propietario o en titular del derecho real objeto de la posesión; *c*), da derecho a indemnización por las mejoras con tal que subsistan al tiempo de la evicción (art. 704), en la proporción de la menor suma entre el importe de lo gastado y el de la mejora (artículo 705).

3) *La posesión de buena fe*, protegida por las dos acciones posesorias, *a*), produce la adquisición de los frutos percibidos hasta el momento de la demanda judicial, ya sean *extantes* o *consumpti* (art. 703); *b*), confiere al poseedor la especial garantía del *ius retentionis* por las indemnizaciones que le son debidas por las mejoras, facultándole para retener la cosa hasta que el reivindicante le satisfaga la indemnización, siempre que las mejoras hayan sido demandadas en el curso del juicio reivindicatorio y se ofrezca una prueba de su subsistencia (art. 706); *c*), conduc-

a la usucapión con el transcurso de diez años, cuando el título haya sido transcrito (art. 2.137); *d*), finalmente, respecto a las cosas muebles por naturaleza y a los títulos al portador, equivale al título (art. 707).

§ 68.—*Tutela posesoria*

Brugi, Ist. § 40; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 111; Chironi Ist. § 126; Filomusi, Dir. reali, §§ 83-91; Zachariae, Man. I, §§ 158-165; Aubry et Rau, Cours, II, §§ 184, 187 y 189; Planiol, Traité, I, núm. 2.303 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 158-162 (1).

Los medios con que en nuestro Derecho es defendida la posesión son las acciones de mantenimiento y reintegración o despojo; tienden a proteger al poseedor contra los actos que le perturban en su posesión o le desposeen y persiguen la cesación de tales perturbaciones o la readquisición de la posesión. No hay que consignar aquí otros remedios que pueden socorrer al poseedor molestado o despojado como las acciones de carácter penal y las civiles que se dan para obtener el resarcimiento del daño, porque en ellas a lo sumo puede verse una tutela indirecta, ni pueden enumerarse entre las acciones posesorias otras que, como la de denuncia de obra nueva y la de daño temido, nuestro Código aproxima siguiendo al austriaco a las acciones propiamente dichas. Como observamos a su tiempo, tienen con éstas común su carácter de remedios provisionales, pero no son concedidas para proteger exclusivamente la posesión, ya que pueden basarse en un derecho de propiedad.

El sistema adoptado por el Código es el resultado de una larga elaboración; sobre el primitivo tronco de defensa interdictal admitida por el Pretor en el Derecho romano se fueron yuxtaponiendo elementos nuevos importados del Derecho germánico y más todavía del canónico y del consuetudinario francés; de modo que sólo en un sentido muy amplio puede decirse que el

(1) Ver Alauzet, *Historie de la possession et des actions possessoires*, 1849; Bioche, *Traité des actions possessoires*, 1864; Baratono, *Delle azioni possessorie*, Ivrea, 1876; Brugi, *Azioni possessorie (en Dig. it.)*.

actual sistema de tutela posesoria deriva del romano. Se halla, sí, enlazado con él a través del Derecho intermedio y por eso precisa para entenderlo bien hacer una indicación histórica.

Cuál fué entre los romanos la primera ocasión en que surgió la tutela posesoria, es discutido. Quizás se originó en la posesión de *ager publicus* (1); más probablemente en una necesidad de orden procesal en cuanto que, precisando en los juicios de propiedad regular la posición recíproca de las partes respecto a la cosa, se determinaba a quién debía corresponder la posesión durante el desenvolvimiento del proceso y a quién de los litigantes debía ser reconocida la posición de demandado y a quién la de demandante (2); como quiera que fuese, puesto que todo ataque a la posesión puede asumir la forma de una perturbación ocasionada al poseedor o la de una desposesión, el Pretor aprestó un doble remedio con el procedimiento interdictal extraordinario: los *interdicta retinendae possessionis* contra las perturbaciones y los *interdicta recuperandae possessionis* contra el despojo. Perteneían a los *retinendae possessionis* el interdicto *uti possidetis* y el *utrubi*. El primero es especialmente destinado a los inmuebles y para hacer cesar las perturbaciones ya ocurridas e impedir las futuras; tenía como efecto el mantener en la posesión al que en ésta se hallaba en el momento de pronunciar el interdicto, es decir, vencía el poseedor actual con tal que su posesión no resultase viciada frente al adversario (*nec vi, nec clam, nec precario*) (3). Para las cosas muebles especialmente se da el

(1) Así, por ejemplo, Savigny, *Besitz*, § 120; Dernburg, *Entwickelung und Begriff des iur Besitzes*, 1883; Cuq, *Nouv. rev. hist.*, 1894, pág. 22; *Inst. jur. des Rom.*, I, pág. 483; Pacchioni, *Corso dir. rom.*, I, página 335, etcétera.

(2) Así la mayoría de los autores, basándose en las fuentes; corroboraría esta opinión para una categoría de interdictos el § 4, Inst. 4, 5: *Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petare debeat*; ver también Gayo, IV, 148; contrariamente Ferrini, *Pand.*, pág. 337, núm. 2.

(3) Según la redacción del edicto juliano, su fórmula era fr. 1, pr. D. 43. 17.: *Uti eas oedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto*.

segundo, que tenía ordinariamente más bien eficacia recuperatoria, porque venciendo en él, no el poseedor actual, sino quien hubiese poseído la cosa más tiempo en el año precedente, también sin vicios frente al adversario, su efecto corriente era el de hacer recuperar la posesión perdida (1); esta diferencia desapareció bajo Justiniano cuando también en los *utrubi* se tuvo en cuenta la posesión actual. Era *recuperandae possessionis* el *interdictum unde vi* en la doble forma de *int de vi cottidiana* e *int de vi armata*, que protegía al poseedor contra el despojo violento y tendía a hacer que recuperase la posesión que le había sido violentamente sustraída y a asegurarle el resarcimiento de los daños (2); pero éste se daba para los inmuebles; para el despojo de cosas muebles se daba el *int utrubi* y en el Derecho justiniano sirvieron otros remedios.

El Derecho intermedio debía transformar profundamente este sistema de defensa por la introducción de nuevos elementos aportados por el Derecho germánico y el canónico.

Según la primitiva concepción germánica, la posesión, siendo considerada como manifestación externa de la propiedad, no gozaba de una protección suya propia e independiente; se le concedía protección sólo en cuanto en la lesión de la misma se veía una violación del dominio. Toda cuestión de posesión se resolvía, pues, substancialmente en una cuestión de propiedad, porque operándose la prescripción adquisitiva con el transcurso de un año el que poseía más de un año vencía en el litigio por ser reconocido propietario.

Esta concepción fué más tarde modificada y se vino admitiendo la tutela posesoria. El antiguo Derecho francés en el que la institución de la posesión (*saisine*) se estructuraba de modo

(1) La fórmula como resulta de Gayo, IV, 160, Paulo. Sent., 5. 5. § 1; fr. 1. pr. D. 43. 31.: *Utrubi hic homo quo de agitur maiore parte huinsce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit quominus is enni ducat vin fieri veto.*

(2) La fórmula, tratándose de la especie de *vicottidians* era fr. 1. pr. D. 43. 16: *Unde vi hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit-cum ille possideret quod ne vi nec clam nec precario a te possideret illum quaque ille tune ibi habuit restitucis.*

muy semejante a la *gewere* germánica, estatuyó que quien, hallándose en posesión un año completo por lo menos (*saisine d'an et jour*), hubiese sido turbado en la *saisine*, podía accionar en posesorio para hacer cesar la molestia; la acción que aparece en el siglo XIII en las *Coutumes du Beauvais*, de Beaumanoir, y que fué llamada *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, ofrecía fundidos estos dos requisitos esenciales, provenientes, uno, del Derecho germánico, y el otro, del Derecho romano: que la posesión debía ser de un año y exenta de los vicios de violencia, clandestinidad y precariedad (*nec vi, nec clam, nec precario*).

Junto a este primer precedente histórico figura el del *possessorium summariissimum*. Era ésta una forma de procedimiento posesorio creada por los antiguos prácticos y colocada al lado de los procedimientos ordinario y sumario, que resultaban o excesivamente lentos o excesivamente rigurosos; surgió por la necesidad de regular rápidamente la cuestión de la posesión de la cosa controvertida durante el juicio posesorio, y la regulación tenía lugar mediante un *mandatum de manutenendo* con el que el Juez llamado a decidir sobre una cuestión de posesión ordenaba, para impedir cualquier acto de violencia entre los contendientes y para evitar también la providencia del secuestro judicial de la cosa, que ésta estuviese en posesión de una de las partes provisionalmente durante el juicio. Cualquiera otra decisión definitiva del juicio posesorio no era prejuzgada por el *summariissimum*, ya que éste no tenía otra función que la citada de una inmediata, rápida y provisional regulación de la posesión hasta el fin del juicio. De la fusión o, por mejor decir, de la conmixtión de los elementos propios del *interdictum uti possidetis*, de la *complainte* y del *mandatum de manutenendo* ha surgido la moderna acción de mantenimiento de nuestro sistema. Exigiendo requisitos más rigurosos que el *int uti possidetis*, ha asumido el carácter fundamental de éste, pero ha tomado del Derecho germánico el requisito del año; en otro aspecto se relaciona con el *mandatum de manutenendo*, cuyo nombre recuerda.

Otra de las acciones posesorias, la reintegratoria o de despojo, se relaciona, por una parte, con el *interdictum unde vi*, por otra, con la doctrina canónica.

Protegía aquél, como se ha dicho, al poseedor de un inmueble contra las expulsiones violentas y exigía (salvo el caso de que se tratase de *vis armate*), que el despojado poseyere *nec vi, nec clam, nec precario* y que el interdicto se ejercitase dentro del año a partir de la *deiectio*; la acción sólo era ejercitable contra el autor de la violencia, no contra los terceros detentadores. En la Edad Media el Derecho canónico introducía un nuevo remedio, el llamado *remedium spoli*: un canon acogido en las falsas decretales del pseudo Isidoro y que luego pasó al Decreto de Graciano, declaraba, con relación a los Obispos expulsados de sus diócesis, que no se pudiese entablar juicio alguno contra ellos si antes no eran repuestos en aquéllas (1). Se confería así a los Obispos una *exceptio spoli* que bien pronto, por obra de los canonistas, debía ampliar su esfera de aplicación y convertirse, de simple medio defensivo, en remedio directo y de ataque; de la *exceptio* derivó la *actio spoli*, con la que los Obispos podían accionar para obtener del despojante la restitución, y generalizado el remedio se extendió a todos los ciudadanos que hubieran sido violentamente despojados de sus bienes. El nuevo principio fué: *Spoliatus ante omnia restituendus*, y el remedio concedido, no sólo al poseedor jurídico, sino al simple detentador, fué hecho aplicable, no sólo contra el despojante, sino también contra el tercero detentador de la cosa, con tal que tuviese noticia del despojo, no sólo por el despojo de inmuebles, sino también por el de muebles, y hasta derechos sin limitación de tiempo y a favor de cualquiera posesión, aunque fuese de mala fe y hubiese durado un mes o un día.

De esta acción deriva la moderna de reintegración que, sin embargo, ofrece algunas características del remedio recuperatorio romano, como el poder ejercerse solamente dentro del año,

(1) El canon *redintegranda* era concebido así: *Reintegranda sunt omnia expoliatis vel electis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda quacumque condicione temporis aut captivitate aut violentia malorum et per quascumque iniustas causas res ecclesiae vel proprias id est suas substantias perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum*; ver también c. 2 y 4 y sobre la *restitutio spoliatorum*, Decret. II, tít. XIII.

a partir de la fecha del despojo, y el ser ejercitable únicamente contra el autor de éste (1).

Veamos ahora la disciplina a que se hallan sometidas en nuestro Derecho ambas acciones.

I. *Acción de mantenimiento*.—Dispone el Código en el artículo 694: «Quien hallándose por más de un año en posesión legítima de un inmueble, un derecho real o universalidad de cosas muebles, es turbado en su posesión, puede dentro del año, a partir del día en que la molestia tuvo lugar, pedir el ser mantenido en su posesión». Aparecen aquí claros los requisitos de la acción.

a) Se exige ante todo una *posesión legítima* provista de todos los elementos indicados en el art. 686; deben tales elementos concurrir de un modo absoluto y no como exigía el Derecho romano sólo frente al adversario.

b) En segundo término, se exige la posesión *por más de un año*, una posesión que haya durado un año completo, o, como suele decirse, reproduciendo el estilo de los antiguos prácticos: un año y un día. Sirve aquí como en la prescripción adquisitiva la institución de la *accessio temporis* para poder unir a la propia posesión la del autor en la sucesión a título particular. No es, por tanto, mantenible la posesión que dure menos de un año o que no haya durado un año entero con los requisitos todos de la legitimidad; de aquí la consecuencia que tal posesión no está protegida contra las perturbaciones y su defensa se actúa únicamente con la acción de reintegración contra el despojo violento o clandestino.

c) Debe la posesión tener por objeto un *inmueble*, un *derecho real* o una *universalidad de muebles*. De los inmuebles hay que excluir los que constituyen el *demanio* del Estado o de los demás entes públicos en los que no puede darse la adquisición por prescripción (art. 2.113) ni la posesión produce efecto jurídico (art.º 690) (2). De los derechos reales sólo los inmo-

(1) El escrito más notable sobre el particular es el de Ruffini, *L'actio spoliis*, Torino, 1889.

(2) A disciplina particular están sometidos los *aprovechamientos comunales*, cuya posesión estaba tutelada por una magistratura especial: las

biliarios se hallan protegidos, y entre los inmobiliarios sólo los derechos de goce. No se da, pues, la acción de mantenimiento al titular de los derechos reales de garantía, como el acreedor hipotecario, ni al titular de un derecho personal que faculte a la tenencia de una cosa, como el arrendatario de un inmueble o el acreedor anticrético, porque la hipoteca no otorga posesión y el arrendatario o acreedor anticrético no son titulares de derecho real. Corresponde tal acción al enfiteuta, al superficiario, al usuario, al titular de una servidumbre. Si entre las últimas deben excluirse todas aquellas que no sean continuas y aparentes por no ser susceptibles de usucapión, es cuestión muy discutida. Partiendo del precepto del art. 630, en el que se declara que para establecer las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, no es suficiente ni siquiera la posesión inmemorial, sostienen los más que no se da en ellas la acción de mantenimiento. A esto se objeta que de su imprescriptibilidad no se debe sin más concluir la improcedencia de la acción de mantenimiento, pues son distintos los efectos de la adquisición por prescripción y de la defensa concedida con el mantenimiento. Hay que rechazar esta segunda doctrina; las servidumbres que no sean continuas y aparentes pueden basarse en un título y éste podrá ser utilizado en el juicio solamente *ad colorandam possessionem* (1). Mucho se discute acerca de lo que debe entenderse por universalidad de muebles; la teoría dominante considera comprendidas en ella las *universitates iuris* únicamente (de las que son ejemplo típico, y, según algunos, único aquí, la sucesión hereditaria mobiliaria), en cuanto que son también éstas las que el art. 707 excluye de la aplicación de la regla «posesión equivale a título»; otros consideran comprendidas en ella las *universitates facti* y las *iuris*. Pero,

Juntas de árbitros que se hallaban investidas de la facultad de decidir las cuestiones posesorias referentes a tales derechos (ley de 8 de Marzo de 1908, núm. 76, artículos 4 y 9) ahora substituídas por los comisarios regionales (Decreto-ley de 22 de Mayo de 1924, núm. 751).

(1) Ver Aubry et Rau, Cours, II, § 185; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 308; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 299; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 394 y siguientes.

como ya indicamos en otro lugar, no compartimos la opinión de los que creen que, tanto aquí como en el art. 707, se hace referencia únicamente a las universalidades de hecho (1).

En cuanto a las cosas muebles singulares no es su posesión mantenible; la única acción posesoria admisible para ellas es la de reintegración cuando se dé el despojo violento y clandestino (2).

d) Se da la acción contra las molestias y perturbaciones; y es molestia todo atentado a la posesión legítima consistente en hechos o actos que, realizados contra la voluntad del poseedor, impidan el ejercicio o cambien el anterior estado de posesión, y como quiera que sea implican una pretensión contraria a la posesión ajena. Precisa que el acto se realice con la intención de ejercer un derecho en la cosa y con la intención de oponerse al

(1) Más riguroso es en este respecto el derecho francés en el que las acciones posesorias sólo se dan en materia inmobiliaria; el amplio principio: «en materia de muebles la posesión vale título» (c. fr. art. 2.279) llevaba a la deducción que los muebles no necesitaban de la tutela posesoria porque siendo en ellos la posesión considerada como propiedad, toda cuestión relativa a aquella se resolvía en una cuestión de dominio y el juicio posesorio que es distinto del petitorio resultaba inseparable de éste (ver Planiol, *Traité* I, núm. 2.304; Zachariae, *Man.* I, § 155, pág. 423; Aubry et Rau, *Cours* II, § 185, pág. 181, núm. 2). Esta exclusión general de las cosas muebles no pasó de modo absoluto al Código italiano, en el que el principio del art. 2.279 ha sido templado, atenuado por el art. 707; se admite textualmente la acción de despojo en orden a las cosas muebles, si bien el art. 707 ha influido para privarlas de la acción de mantenimiento. Decir como dicen algunos que ésta no se otorga a la posesión mobiliaria porque para las cosas muebles es sólo posible el despojo, no la perturbación, no es del todo conveniente en cuanto que aun siendo cierta la afirmación no es exacta su consecuencia de no poderse admitir la acción de mantenimiento, cuando el despojo sea simple. Como se dirá pronto, la acción de mantenimiento tiene función recuperatoria y sirve precisamente cuando el despojo no vaya acompañado de violencia o clandestinidad. Lo cierto es que el legislador ha excluido los muebles más que por una incompatibilidad lógica (ver Huc. *Le c. civ. it. et le c. Napoléon*, París, 1868, 1, página 158 y siguientes), por el influjo de las ideas tradicionales en la materia.

(2) Es cuestión delicadísima que no encaja en los límites de este curso la de si en un acto administrativo cumplido fuera de los límites legales pueda hallarse un acto de molestia y procederse con la acción po-

goce del poseedor (1) y puede, por tanto, la molestia ser de hecho o de derecho; es de *hecho* si turba, altera materialmente la posesión, como cuando alguien construye en suelo ajeno, o tala árboles ajenos o pretende pasar a través del fundo ajeno sin ser titular de la servidumbre de paso, o se realiza cualquiera de aquellos hechos con los que en las servidumbres el propietario del fundo sirviente tiende a restringirla en perjuicio del dominante o el del dominante a agravarla en perjuicio del sirviente; es de *derecho* si consiste en un acto judicial o extrajudicial, como si alguien actúa en posesorio contra el poseedor legítimo (2) u ordena al arrendatario el que no pague en lo sucesivo al arrendador el precio del arrendamiento (3). La molestia no se limita a la simple perturbación; puede consistir en hechos que priven de la posesión, es decir, en una verdadera desposesión, y en tal caso el mantenimiento asume carácter y funciones recuperatorios; pero como al despojo calificado cometido con violencia o clandestinidad provee la acción de reintegración, débese suponer aquí un despojo simple, que es todo acto no violento ni clandestino que priva al poseedor de la tenencia.

Este último punto es muy discutido. Se niega por algunos (4) el que la acción de mantenimiento pueda darse en actos de despojo aunque éste sea simple, porque su función es mante-

sesoria; y la misma cuestión se plantea en orden a la acción de reintegración si se cometió un despojo calificado. Su solución, que depende de circunstancias y motivos complejos de orden jurídico-administrativo no es acorde; ver Mortara, *Comm., priv. civ.*, I, núm. 186 y siguientes; Meucci, *Dir. amm.*, pág. 91 y siguientes; Orlando, *Princ. dir. amm.*, núm. 577; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 311; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, pág. 142 y siguientes; Gianturco, *Dir. reali*, pág. 125 y siguientes.

(1) Sobre la necesidad de un elemento intencional y sobre el carácter propio de éste hay discrepancia entre los autores; ver Cesáreo Consolo, *Possesso*, número 347 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, página 147, n. 1.

(2) Se comprende que no constituye molestia el accionar en petitorio.

(3) Para otros ejemplos, ver Pacifici, *Ist.* III, 1, pág. 125, núm. 3.

(4) Ascoli, *Sull'az. di manutenzione nel possesso (Foro it.*, 1890, pág. 648 y siguientes); Cesáreo Consolo, *Poss.*, núm. 304 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, pág. 149, n. m.

ner en la posesión, no el reintegrar en ésta a quien de ella hubiera sido privado; dos únicos remedios concede la ley: la reintegración contra el despojo calificado, el mantenimiento contra las perturbaciones, y no concede ninguno cuando estas perturbaciones impliquen pérdida de la tenencia sin ir acompañadas de violencia o clandestinidad. Contra tan intolerable consecuencia se ha pronunciado la mayoría de los autores. La opinión dominante comprende en la molestia también los hechos que producen privación de la posesión, para no llegar al extraño resultado de que la posesión legítima se halle protegida contra la verdadera y propia perturbación e indefensa contra un atentado más grave, cual es el despojo simple (1). No faltan argumentos positivos en apoyo de esta doctrina; es la posesión legítima una relación de derecho que otorga al poseedor un *ius possessionis* que no se pierde aunque se haya perdido la tenencia; declara el art. 2.124 que la prescripción se interrumpe naturalmente cuando el poseedor resulta privado por más de un año del goce de la cosa, de lo que se deduce que si la posesión legítima no se pierde sino transcurrido un año a contar desde la privación, se puede dentro del año accionar en mantenimiento para recuperar la tenencia; resulta del art. 697 que si la reintegración en la posesión en caso de despojo no excluye el ejercicio de las demás acciones posesorias por parte del poseedor legítimo, puede el propio despojado que obtuvo con la acción de reintegración la restitución de

(1) Esta y otras razones lógicas o prácticas no convencen a Rotondi, *La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso solo animo* (*Riv. dir. civ.*, 1918, pág. 521 y siguientes). También él considera que la acción de mantenimiento protege contra actos de desposesión, pero esto es consecuencia de la función de las acciones posesorias en el derecho común y especialmente de la teoría dominante en éste, según la cual, la posesión no se pierde si se pierde sólo la mera tenencia. Debiendo considerarse poseedor a quien hubiere perdido la tenencia, el caso de perder ésta se veía como una especie de perturbación, la más grave; en consecuencia, la *complainte*, que era remedio de mantenimiento, no cambiaba de naturaleza cuando venía aplicada a los casos de sustracción de la posesión natural; subsistía, pues, como remedio *retinendae possessionis*. Por esta tradición es reconocida a la moderna acción de mantenimiento una función recuperatoria.

la cosa, ser demandado por el poseedor legítimo para que a su vez restituya la cosa al legítimo poseedor (1).

e) La acción debe promoverse dentro del año a partir de la fecha en que fué ocasionada la molestia (computándose desde el acto perturbatorio si fué único, o desde el último de la serie si la perturbación consistió en varios actos sucesivos); la ley no consideró oportuno tutelar con un término más extenso al poseedor que no proveyó inmediatamente a su defensa (2).

El Juez, cuando reconozca que concurren todos los elementos indicados, ordena la cesación de las molestias, prohibiendo al demandado que cometa actos perturbatorios; si la perturbación consistió en un despojo simple, ordena la restitución de la cosa al poseedor; si consistió en construcciones, excavaciones u otras obras, dispone la destrucción de las obras y la reducción al estado primitivo (3); puede además condenar al resarcimiento de daños.

II. *Acción reintegratoria o de despojo*.—Se halla regulada en los artículos 695 y 696 del Código civil. Dispone el primero, cuyo precedente inmediato es el art. 446 del Código albertino: «Quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión de una cosa mueble o inmueble, cualquiera que ésta sea, puede dentro del año, a contar del despojo sufrido, pedir contra el autor del mismo el ser reintegrado en la posesión», y el segundo: «La reintegración debe ordenarse por el Juez, citando a la

(1) Ver Galante, *Sulla efficacia recuperatoria dell'azione di manutenzione in possesso*. Napoli, 1900; Mortara, *Comm. pr. civ.*, IV, pág. 30, número 1. Adviértase además que tal cuestión pierde en la práctica mucha importancia, dada la amplitud con que la jurisprudencia interpreta el requisito de la violencia. Si este se da y por tanto se admite despojo violento aun en los casos en que se haya obrado contra la presunta voluntad del poseedor, resulta difícil hallar casos de despojo simple.

(2) En general, sobre la acción, ver Luparia, *Sullo scopo dell'azione di manutenzione* (*Arch. giur.*, XXVII, 1881, pág. 122).

(3) Se considera en parte de la jurisprudencia que en la acción de mantenimiento no tiene el Juez facultad de ordenar la destrucción de las obras en que consistió la perturbación. Esta opinión es inexacta (*La c. d. servitu de elettrodotto e l'azione di manutenzione*, en *Rev. dir. comm.*, 1916, II, pág. 745 y siguientes).

parte contraria y bastando la notoriedad del hecho sin dilación por el procedimiento más rápido contra cualquiera persona, aunque fuese el propietario de la cosa quien cometió el despojo».

Quiere la ley castigar el hecho ilícito o delictivo del despojo violento o clandestino y por esto es más rápido y sumario el procedimiento (1) y menos rigurosos los requisitos exigidos para su ejercicio. Son condiciones para el ejercicio de la reintegración:

a) Una *posesión cualquiera*; esto significa que no se exige que sea anual ni que esté exenta de vicios, hallándose protegida la ilegítima y la detentación simple. Sin embargo, no todo poseedor podría invocar la tutela. Si no precisa en el despojado un *animus domini*, sin embargo es necesario que tenga el de poseer para sí en orden al particular derecho por el cual él tiene un interés propio e independiente en retener la cosa; débese distinguir en otros términos entre quien tiene *nomine proprio* y posee *nomine alieno* como el arrendatario, el acreedor pignoraticio, el anticrético y quien tiene y posee en nombre ajeno, como el mandatario, el encargado, el gerente. La acción conferida a los primeros no puede extenderse a los segundos que no tienen un interés propio e independiente que hacer valer en la cosa que se les confía (2).

b) Son objeto suyo lo mismo los *muebles* que los *inmuebles*. Y puesto que la acción tiende a reprimir el acto violento y oculto considerado en sí como ilícito, no se aplica aquí el art. 690 que declara ineficaz e improductivo de efectos jurídicos la posesión de las cosas que estén fuera del comercio; puede tal pose-

(1) Por lo demás, no se exige al Pretor del de la observancia del juicio contradictorio y de las demás normas sobre la prueba; ver Mattiolo, *Dir. giud.*, I, núm. 273, núm. 2; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 552 y siguientes; Lessona, *La semplice notorietà del fatto nel giudizio di reintegraz.* (*Foro it.*, 1915, I, pág. 75 y siguientes).

(2) Ver Fadda, *Il possesso protetto con la reintegraz.* (*Foro it.*, 1904, I, página 294); Bianchi, *L'azione di Spoglio intentata dal ladro* (*Filang.*, 1899, página 32 y siguientes); Galante, *Sulla nozione del possesso qualunque richiesto per l'az. di Spoglio* (*Corte D' Appello*, 1909, pág. 65 y siguientes).

sión y la de una cosa *demanial* hallarse protegidas contra el despojo.

Una grave cuestión es la de determinar si a más de aplicarse a las cosas muebles y a las inmuebles es aplicable también a los derechos reales, a los que el art. 695 no hace referencia, en tanto que en orden al mantenimiento son recordados por el 694. Es esta circunstancia (el silencio del Código en el art. 695 contra-puesto a la explícita mención que hace el otro) lo que ha inducido a algunos autores (1) a considerar que el despojo de los derechos reales no se halla protegido por la acción de reintegración, y se añade que tal despojo no es ni siquiera concebible, porque el acto violento u oculto podrá turbar sólo el goce de un derecho, nunca despojar al poseedor. La doctrina predominante (2) y de acuerdo con ella la jurisprudencia, ni considera inconcebible el despojo ni interpreta el silencio del Código como exclusión; hay despojo independiente de la privación de la cosa sobre la que el derecho se ejerce cuando el acto oculto o violento no sólo perturbe, sino que prive al poseedor de modo permanente del ejercicio del derecho; habla solamente de cosa el art. 695, pero según la terminología del Código, «cosa» comprende también los derechos *res incorporales*, y además la definición de la posesión (art. 685) comprende la tenencia de una cosa y el goce de un derecho (3). Los derechos reales se hallan, pues, protegidos con la acción de despojo y entre los derechos reales las servidumbres, y no hay que distinguir en éstas entre

(1) Gianturco, *Ist.*, pág. 98, *Dir. reali*, pág. 130 y siguientes; Bianchi, *Servitu legali*, I, núm. 151 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1, página 164, n. e. e.

(2) Pacifici, *Ist.* III 1, pág. 136; III, 2, pág. 310; Baratonio, *Az. poss.*, II, número 214; Cesáreo Consolo, *Poss.*, núm. 484; Filomusi, *Dir. reali*, página 307; Ruffini, *Actio Spolii*, pág. 455.

(3) Casos prácticos importantes en los que se puede ofrecer la cuestión, son los del suministrador de energía eléctrica, de agua potable, de gas, que interrumpe el suministro; del que concede el derecho a excavar en el subsuelo o del deudor, que impiden el acceso en el inmueble al concesionario o al acreedor anticrético; ver Maroi, *Il contratto di concessione mineraria e la tutela possessoria* (*Riv. soc. comm.*, X, 1920).

continuas y aparentes y discontinuas, porque también para éstas es posible una posesión cualquiera (1).

c) Precisa un despojo violento y oculto. Violento es aquel realizado mediante actos arbitrarios que contra la voluntad del poseedor priven a éste de la posesión o impidan el que la ejerza; puede la violencia ser material (*vis atrox*) o moral (*vis compulsiva*), es decir, consistir en amenazas, siendo indiferente si se dirige contra la cosa o contra la persona (2). Pero debe siempre ir asociado para que la acción pueda intentarse al *animus* de despojar de la posesión ajena; mientras por otra parte no es indispensable que la contraria voluntad del poseedor se haya manifestado con oposiciones, bastando una voluntad contraria, expresa o presunta (3). *Oculto o clandestino* es el despojo realizado sin saberlo el poseedor; tiene aquí la clandestinidad un valor diverso del que tiene cuando constituye vicio de la posesión, porque en tanto en esta clandestinidad es un vicio objetivo que implica una ocultación frente a todas, aquí basta que el acto se haya ocultado al despojado aun siendo notorio a otros. Debe ir acompañado del *animus celandi*, pero no es indispensable el concurso del dolo o del fraude, aunque la ocultación se verifique corrientemente mediante astucias y disimulos. La mayor amplitud que la acción tenía en el Derecho canónico, para el que bastaba la privación de la posesión por cualquier medio ilícito (4), ha des-

(1) Otra cuestión es la de si la acción de despojo puede extenderse en nuestro sistema a otros derechos como los de crédito, de familia, de rechos sobre bienes inmateriales. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa; sobre este asunto muy delicado, ver Segré, *Azione di Spoglio e possesso di diritti con partic. rig. al diritto al nome civ., al nome comm., ed all'uso di una insegna* (*Riv. dir. comm.*, IX, I, 1911, pág. 601 y siguientes).

(2) La progresiva extensión del concepto de *vis* del uso de la fuerza o la amenaza y al acto realizado contra la prohibición del poseedor, se da ya en las fuentes romanas y sobre todo en las justinianas (ver fr. 1. D., 43. 16; 1. § 5. D. 43. 24; 73. § 2. D. 50. 17; 11. D. 43. 16; pero se acentuó más en el derecho intermedio por obra del derecho canónico).

(3) Sobre la eficiencia de la contraria voluntad presunta, hay discrepancia, Filomusi, *Dir. reali*, pág. 310; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 1 página 161, n. 2; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 501 y siguientes.

(4) El canon *reintegranda* decía *...quacumque conditione temporis aut*

aparecido en el nuestro, que no admite sino esta doble calificación del despojo.

Debe la acción ejercitarse dentro del año de haber ocurrido el despojo, pero fácilmente se comprende que el año no corre sino desde el día en que el poseedor tuvo o pudo tener noticia de haber aquél ocurrido, y esto tiene importancia especialmente para el despojo oculto. Y puede únicamente intentarse contra el autor del despojo (1) aunque fuese el propietario de la cosa, a lo sumo contra el mandante, jamás contra los terceros poseedores y los causahabientes a título particular del que hizo el despojo; la amplitud que le dió el Derecho canónico permitiendo su ejercicio contra los terceros, restringida ya por una constitución de Inocencio III, que la limitó a los terceros que tuviesen noticia del despojo (2), sufrió una última limitación en el Derecho moderno, concediendo la defensa solamente contra el autor y excluyendo todas las demás (3).

Relaciones de las acciones entre sí.—Las relaciones en que están ambas acciones examinadas aparecen claramente de cuanto llevamos dicho; ordenadas a dos fines distintos y ejercitables en condiciones y en supuestos diversos, no son por regla general acumulables ni se da entre ellas aquella concurrencia electiva cuyo efecto consiste en la imposibilidad de ejercitar una segunda acción cuando se ha ejercitado ya una primera, siempre que *captivitate aut dolo aut violentia malorum et per quascumque iniustas causas.*

(1) Y contra sus sucesores a título universal y contra los que cooperaron al despojo.

(2) Ver c. 18. x. de rest. spol. 2. 13. *Saepe contingit quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in alium re translata, duni adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante iurii civilis rigore sancimus ut si quis de cetero scienter rem talem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae iniustae detinere ac invadere alicuium, contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur.*

(3) No falta, sin embargo, quien sostenga que es intentable también contra el tercero, aunque tuviere noticia del despojo: Borsari, *Comm. c. civ.*, § 1.482; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 481.

por un mismo título correspondan a una misma persona varias acciones. Cuando no concurren los extremos de la acción de reintegración puede intentarse la de mantenimiento si se da por lo menos el hecho de la perturbación; puede, por tanto, una acción ejercitarse subordinadamente a la otra.

En cuanto a la relación entre las acciones posesorias y las petitorias impera y tiene importancia capital el principio que prohíbe acumular el juicio petitorio al posesorio. La posesión se halla protegida en sí y por sí concurriendo los requisitos exigidos por la ley, siendo cuestión aparte el que corresponda o no al titular de la posesión un derecho, no puede el Juez llamado a tutelar la posesión descender al examen de cuestiones referentes al juicio petitorio, ni puede quien reclama contra la molestia o despojo accionar a un mismo tiempo en posesorio y en petitorio; ambos juicios deben quedar separados. Deriva de esto que iniciado el juicio posesorio, ni el actor puede promover juicio petitorio en tanto aquél esté pendiente, ni el demandado puede tampoco entablarlo en tanto no se pronuncie la sentencia y no sea ésta íntegramente ejecutada (Código de Procedimiento civil, artículo 445). Inversamente, como el juicio petitorio absorbe las cuestiones posesorias, la limitación del juicio petitorio lleva consigo la prohibición de entablar el posesorio (Código de Procedimiento civil, art. 443) (1).

FIN DEL VOLUMEN PRIMERO

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Posesión*.—El art. 685 del Código italiano corresponde al 430 del español, pero en la definición dada por éste no se comprende como en el italiano la posibilidad de que la tenencia o disfrute tenga lugar por sí o por medio de otro. Esta posibilidad se contiene en el artículo 431. En cambio, comprende la definición del español la necesidad del *animus* que en el italiano viene requerida por el 686.

Por la misma razón de lenguaje a que se refiere el autor en el texto al comentar el art. 685 del Código italiano, ha desaparecido en el nuestro toda distinción entre *possessio* y *quassi possessio*.

En el citado art. 430 del Código español se distingue la posesión natural, que es la «tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona» y la civil que es «esa misma tenencia o disfrute, unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos» (art. 430).

La posesión puede ser también en concepto de dueño y en concepto

distinto al de dueño (art. 432). Puede ejercitarse por sí mismo y en nombre propio o por otro y en nombre ajeno (art. 431). Puede ser de buena fe, en la que el poseedor ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida y de mala fe cuando el poseedor se halla en el caso contrario (art. 433).

La buena fe se presume siempre, no perdiéndose esta cualidad sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente (art. 435).

Adquisición y pérdida. - Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor (art. 443). Exacta esta regla con lo que a las disposiciones originarias se refiere, no lo es como observa Casso (*Derecho civil*, tomo I, pág. 298. Instituto Reus, 1926) en las derivativas, las cuales requerirán la capacidad especial que se exige para el acto jurídico de que se trate.

El hecho adquisitivo no debe ser violento, ni clandestino, ni meramente tolerado (artículos 441 y 444) - *nec vi, nem clam, nec precario*—y puede consistir en la ocupación material de la cosa o derecho poseído o en los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho (art. 438).

Puede adquirirse por representante legal, por mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique (art. 439).

La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue a adirse la herencia (art. 440). En este caso se produce para el heredero una posesión *civilísima* o por ministerio de la ley.

El Código civil señala las siguientes causas de pérdida de la posesión: 1.^a Abandono de la cosa 2.^a Cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. 3.^a Destrucción o pérdida total de la cosa o que ésta quede fuera del comercio. 4.^a La posesión de otro aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año (artículo 460). También se pierde por la reivindicación del propietario.

La posesión de cosas muebles no se entiende perdida mientras la cosa se balle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (art. 461).

Efectos: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen» (artículo 446).

BIBLIOGRAFIA

1. Para la introducción al estudio de las ciencias jurídicas son auxiliares óptimos entre los más recientes manuales italianos:

FILOMUSI-GUELFI.—*Enciclopedia giuridica*, 6.^a ed. Nápoles, 1910.

BRUGI.—*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali uel sistema della giurisprudenza*, 4.^a ed. Milán, 1907.

DEL GIUDICE.—*Enciclopedia giuridica*, 2.^a ed. Milán, 1896.

VANNI.—*Lezioni di Filosofia del Diritto*, 3.^a ed. Bologna, 1898.

Y entre los extranjeros:

MERKEL.—*Juristische Encyclopädie*, 3.^a ed. Berlín, 1904.

GARCIS.—*Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 3.^a edición. Giessen, 1905.

BIRKMEYER.—*Encyclopädie der Rechtswissenschaft*. Berlín, 1901.

HOLTZENDORFF-KOHLER.—*Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* (2 vols.), 7.^a ed. (3.^a de la nueva reelaboración de Kohler). Leipzig, 1915.

BOISTEL.—*Cours de Philosophie du droit* (2 vols.). París, 1899.

KOHLER.—*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlín, 1909.

ARENS.—*Juristische Encyclopädie*. Viena, 1855.

WARNKÖNIG.—*Juristische Encyclopädie*. Erlangen, 1853.

2. Para las instituciones de Derecho civil figuran en primera línea los manuales italianos que exponen los principios fundamentales del Derecho italiano. Pero como éste en gran parte resulta directamente derivado del francés, no puede prescindirse de los manuales extranjeros de Derecho francés. Pero precisa ser cautos en el uso de éstos y tener en cuenta las diferencias, a veces profundas, que existen entre ambos Derechos; la tarea resulta facilitada por las traducciones italianas de obras francesas que contienen notas, concordancias y diferencias con relación al Derecho italiano, merced a las cuales el lector viene advertido de las diferencias que existen en cuanto a la concepción general de las instituciones o en cuanto a sus particulares modalidades en uno y otro Derecho.

Entre los primeros y más sucintos conviene recordar:

BEUSA.—*Compendio di Introduzione allo studio delle scienze giuridiche e di Istituzioni di Dir. civ.* Torino, 1897.

BRUGI.—*Istituzioni di Diritto civile italiano*, 4.^a ed. Milán, 1923.

GIANTURCO.—*Istituzioni di Diritto civile italiano*, 8.^a ed. Florencia 1908.

LOMONACO.—*Nozioni di Diritto civile italiano*, 3.^a ed. Nápoles, 1903.

CHIRONI.—*Elementi di Diritto civile*. Turín, 1914.

SIMONCELLI.—*Istituzioni di Diritto privato italiano*, 3.^a ed. revisada por F. E. Vassalli. Roma, 1921.

BARASSI.—*Istituzioni di Diritto civile*. Milán, 1914.

PACCHIONI.—*Elementi di Diritto civile*. Turín, 1916.

Otros más amplios:

PACIFICI MAZZONI.—*Istituzioni di Diritto civile italiano* (7 vols.), 4.^a edición. Florencia, 1903 y siguientes, cuidada por Venzi y Franco, con notas preciosas de éstos.

CHIRONI.—*Istituzioni di Diritto civile italiano* (2 vols.), 2.^a edición. Turín, 1912.

LOMONACO.—*Istituzioni di Diritto civile* (7 vols.), 2.^a ed. Nápoles, 1904.

Entre los manuales de Derecho francés citamos:

DELVINCOURT.—*Cours de Droit civil* (3 vols.), 5.^a ed. París, 1834.

DEMANTE.—*Programme du cours de Droit français* (3 vols.), 3.^a edición. París, 1840.

ARNTZ.—*Cours de Droit civil français* (2 vols.), 2.^a ed. 1880.

COLMET DE SANTERRE.—*Manuel elementaire du Code Napoleon*. París, 1884.

DE LA BIGNE DE VILLENEUVE.—*Elements de Droit civil* (2 volúmenes). 1883-1887.

COLIN ET CAPITANT.—*Cours elementaire de Droit civil français* (3 volúmenes). París, 1914-1916.

STABEL.—*Institutionen des französischen Civilrechts*, 3.^a ed. Mannheim 1893.

BAUERBAND.—*Institutionen des französischen in den deutschen Ländern des linken Rheinufers geltenden civil rechts*. Bonn, 1873.

Y otros más extensos:

ACCOLAS.—*Manuel de Droit civil* (4 vols.). París, 1874-1875.

LAURENT.—*Cours elementaire de Droit civil* (4 vols.). Bruselas, 1878.

MOURLON.—*Repetitions écrites sur le Code civil* (3 vols.), 12.^a ed. cuidada por Demangeat. París, 1884.

BAUDRY-LACANTINERY.—*Precis de Droit civil* (3 vols.), 4.^a ed. París, 1889-1892.

ZACHARIA VON LINGENTHAL.—*Handbuch des französischen Civilrechts* (4 vols.), 8.^a ed. corregida por Crome. Friburgo, 1894 (traducción italiana

de Barassi); *Manuale del Diritto civile francese di Zachariae von Lingenthal*, con notas y concordancias al Derecho civil italiano. Milán, 1907-1909.

PLANIOL.—*Traité élémentaire de Droit civil* (3 vols.), 5.^a ed. París, 1908-1910.

Para la parte general de las doctrinas civilísticas conviene consultar:

GIANTURCO.—*Sistema di Diritto civile italiano* (vol. I y único) 3.^a ed.

CHIRONI Y ABELLO.—*Trattato di Diritto civile italiano* (vol. I y único). Turín, 1904.

MELUCCI.—*Introduzione allo studio delle scienze giuridiche ed istituzioni di Diritto civile* (vol. único). Nápoles, 1905.

CORIELLO.—*Manuale di Diritto civile italiano* (vol. I y único), 3.^a edición. Milán, 1924.

CROME.—*Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*. Mannheim, 1892 (traducción italiana de Ascoli y Cammeo, *Parte generale del Diritto privato francese moderno*. Milán, 1906).

4. Tratados más extensos conteniendo el desenvolvimiento detallado de las teorías modernas y un comentario particularizado de los artículos del Código, son los siguientes, de los cuales algunos han quedado incompletos y otros se hallan en curso de publicación.

Los más antiguos, si bien estimables y útiles para consultar en ellos algunas cuestiones, son muy imperfectos en el aspecto sistemático. El método generalmente seguido en ellos es el del comentario exegético hecho artículo por artículo, según el orden de distribución de la materia en el Código, y las exigencias científicas modernas imponen una exposición sistemática que agrupe relaciones e instituciones jurídicas por los elementos históricos y racionales que les son comunes y deduzca de la disciplina positiva de tales instituciones y relaciones los principios generales que las rigen, elaborando una construcción dogmática en la que los principios del Derecho aparezcan orgánicamente sistematizados.

En este método científico, que se ha seguido largo tiempo en la exposición del Derecho romano y que la escuela alemana aplicó perfeccionándolo al Derecho moderno, se inspiran las obras más recientes antes recordadas, referentes a la parte general del Derecho civil italiano y francés; entre los primeros lo practicó Zacharia al escribir su precioso Manual de Derecho francés, siendo luego imitado por Rubry y Rau en el *Curso* que más adelante citaremos.

También la crítica descubre en tales comentarios imperfecciones y defectos; los nuevos métodos de crítica e interpretación del texto legislativo inaugurados por la ciencia civilística moderna, hacen frecuentemente inaceptables las doctrinas y soluciones concretas propuestas por estos primeros comentaristas.

Para el Derecho italiano:

CATTANEO Y BORDA.—*Il Codice civile italiano annotato* (3 vols.). Turín, 1873.

MATTI.—*Il Codice civile italiano nei singoli articoli* (7 vols.). Venecia, 1873-78.

BORSARI.—*Commentario del Codice civile italiano* (6 vols.) Turín, 1871-81.

PACIFICI MAZZONI.—*Código civile italiano commentato* (15 vols.), 2.^a ed. Florencia, 1870-81.

RICCI.—*Corso teorico pratico di Diritto civile* (10 vols.), 3.^a ed. Turín, 1907.

BIANCHI.—*Corso di Codice civile italiano*, 2.^a ed. (incompleta, 9 vols. publicados). Turín, 1888 y sigs.

FIGURE.—*Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, en colaboración con los profesores Abello, Bianchi, etc. (en curso de publicación y con 31 vols. publicados). Nápoles, 1900 y sigs.

STOLFI.—*Diritto civile* (6 vols.) (en curso de publicación y publicados los vols. I y V).

FERRARA.—*Trattato di Diritto civile italiano* (5 vols.) (en curso de publicación y publicado el vol. I). Roma, 1921.

Para el derecho francés:

TOULLIER.—*Le Droit civil français suivant l'ordre du Code civil* (22 volúmenes), 6.^a ed. continuada y adicionada por Duvergier. París, 1844-48.

TROPLONG.—*Le Droit civil français suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente* (continuación del Toullier) (27 vols.). París, 1833.

TAULIER.—*Theorie raisonnée du Code civil* (7 vols.). Grenoble, 1840-48.

DURANTON.—*Cours de Droit français suivant le Code civil* (22 vols.), 4.^a ed. París, 1844-45.

DEMANTE-COLMET DE SANTERRE.—*Cours analytique de Code civil* (9 vols.), 3.^a ed. París, 1895 y sigs.

DEMOLOMBE.—*Cours de Droit civil* (31 vols.), 1845-76, continuado por Gouillard: *Fr. du contr. de mariage, de vente, de logane, de société, de prêt* (1886-1895).

MARCABÉ.—*Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, proseguida y completada por Pont (13 vols.), 3.^a ed. París, 1872.

LAURENT.—*Principes du Droit civil* (33 vols.), 3.^a ed. París, 1878.

AUBRY ET RAU.—*Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zacariae* (12 vols.), 5.^a ed. cuidada por Rau y Jalcimaigne y luego por Bartin (en curso de publicación con 9 vols. publicados). París, 1897.

HUC.—*Commentaire théorique et pratique du Code civil* (15 vols.). París, 1892-1903.

BAUDRY-LACANTINERIE.—*Traté théorique et pratique de Droit civil* (25 vols.), 2.^a ed. París, 1902 y sigs.

BEUDANT.—*Cours de Droit civil français* (en curso; publicados 5 vols.). París, 1896-1908.

Una obra antigua, debe especialmente ser tenida en cuenta y asiduamente consultada por el estudioso, para el Derecho francés y el italiano,

la del gran jurisconsulto francés, Roberto José Pothier, nacido en Orleans en 1699, y muerto en 1772; fué como el padre espiritual del Código francés, y su obra, fuente primera y directa del Código Napoleón, es aún hoy auxiliar poderosísimo para la interpretación del mismo. Existen de él numerosas ediciones, entre las cuales citaremos.

POTIER.—*Oeuvres*, edir de Siffrein. París, 1821; en 18 vols. que contienen los siguientes tratados especiales: *Traité des obligations* (I, II); *Tr. du contrat de vente et de rehaits* (III); *Tr. du cantrat de const. de rente, change, louage* (IV), *Tr. des contrats de bait a rente, societé cheptels bienfaisance prêt a usage et prêt de consommation* (V); *Tr. des cont. de dépôt, mandat, nantissement, assurance prêt et jeu* (VI); *Tr. du contr de mariage et de la puissance du mari* (VII); *Traité de la comunanté* (VIII); *Tr. de donaire et des donations* (IX); *Tr. du Droit de domaine, propriété possession prescription* (X); *Tr. des fiefs* (XI); *Tr. des cens champarts., de la garde noble et bourgeoise, du preciput legal des nobles, de l'hypothèque des sulstitutions et des successions* (XII); *Tr. des propres des donations testamentaires, des donations entre viv, des personnes et des choses* (XIII). Los restantes volúmenes se consagran al estudio de los procedimientos civil y criminal y al de las costumbres de Orleans.

Un buen auxiliar bibliográfico para la literatura monográfica francesa, es el Dramard *Bibliographie raisonnée du Droit civil*, París, 1879; en el que para cada artículo del Código, se contiene toda la literatura especial. Resulta, sin embargo, anticuado, por limitarse a la producción bibliográfica hasta 1879.

Para la literatura italiana, entre los varios repertorios de jurisprudencia que suelen recoger también la producción literaria, resulta utilísima la *Primera colección completa de Jurisprudencia sobre el Código civil*, editada por Fadda, Porro, Raimondi, Vedan (Milán, 1909; en curso de publicación el 3.º y 4.º vol.), en que la bibliografía, aparece distribuída artículo por artículo sistemáticamente.

Hay que advertir, finalmente, que si bien sean menos íntimas las relaciones entre el Derecho civil italiano y el germánico, no se puede prescindir de éste, ni de la doctrina germánica:

UNGER.—*System des österreichischen all gemeinen Privatrechts* (2 vols.). Leipzig, 1892.

NRAINZ, PFAFF, u EHRENFWEIG.—*System des österreichischen all gemeinen Privatrechts*, 5.ª ed. (publicado un volumen; en curso). Wein, 1913.

Para el derecho alemán según el vigente Código civil para el Imperio:

ENDEMAM.—*Lehrbuch des burgerlichen Rechts* (3 vols.), 9.ª ed. Berlín, 1903-1908.

KRÜCKMAM.—*Institutionen des bürgerlichen gesetzbuches*, 3.ª ed. Leipzig, 1901.

COSACH.—*Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, (2 vols.), 6.ª edición Sena, 1913.

LEONHARD.—*Der allgemeine Theil des burgerlichen gesetzbuches*, Berlín, 1900.

MATTHIAS.—*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (2 vols.) 3.^a ed. Berlín, 1900.

ENNECCERUS W. LEHMANN.—*Das bürgerliche Recht. Eine Einführung Gesetzbuchs*, continuado por Kipp y Wolff. Narburgo, 1900 y sigs.

CROME.—*System des Leutschen bürgerlichen Rechts* (4 vols.). Tübingen, 1900 y sigs.

DERNBURG.—*Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, continuado por Kohler (6 vols.), 3.^a ed. Halle, 1906-1911.

KOHLER.—*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (en curso de publicación y 3 vols. publicados). Berlín, 1906.

ZITELMANN.—*Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlín, 1900.

LANDSBERG.—*Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs* (2 vols), 1904.

VON TUHR.—*Der allgemein Theil des deutschen burgerlichen Rechts* (3 vols.). Leipzig, 1910-18.

Para el derecho común anterior:

HEUSLER.—*Institutionem des deutschen Privatrechts* (2 vols.). Berlín, 1885-86.

STOBBE-LEHMANN.—*Handbuch des deutschen Privatrechts* (5 vols.), 3.^a edición. Berlín, 1893.

GÜRKE.—*Deutsches Privatrecht* (3 vols.). Leipzig, 1895-1917.

Para el derecho prusiano.

DERNBURG.—*Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, 5.^a ed. Halle, 1895 y sigs.

FÖRSTER-ECCIUS.—*Theorie und Prais des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, 7.^a ed. Berlín, 1896.

Para el derecho sajón:

GRUTZMAM.—*Lehrbuch des sächsischen Privatrechts*, 1887.

Para el de Würtemberg;

WACHTER.—*Handbuch des in K. Würtemberg geltenden Privatrechts*, 1839-52.

Finalmente se deben consultar las obras de Derecho civil suizo, especialmente las de comentario al nuevo Código civil federal, que abolió los Códigos cantonales.

ROSSEL ET MENTHA.—*Manuel du Droit civil suisse* (3 vols.). Lausanne, 1912.

EGGER, ESCHER Y OTROS.—*Kommentar eum Schweirerischen zivilgesetzbuch* (4 vols.). Zürich, 1908 y sig.

Y para el derecho anterior:

HUBER.—*System und geschichte des schweizaris chen Privatrechts* (4 volúmenes). Bâle, 1886-1894.