una inconsecuencia, pero es fácil de justificar; porque el juez para negar al demandante el objeto de su accion debe, ó no decidir acerca de la posesion ó adjudicar la posesion al demandado; la primera de estas dos únicas vias posibles permitiría á cada una de las partes ejercer violencia contra la otra, y como semejante resultado está en contradiccion flagrante con la esencia de una decision judicial, no queda mas que el segundo resultado, es decir, que el interdicto debe ser considerado como *duplex*, y que debe ponerse en posesion al demandado aunque no haya ganado el pleito, si se hubiere constituido en demandante. Es necesario por otra parte guardarse de traspasar los límites de la igualdad que debemos atribuir á las partes en el procedimiento. La prueba en particular está sometida á las mismas reglas que en todas las demas acciones, y es preciso sin duda considerar bajo este concepto como demandante al que primero acude al juez. El principio que hemos establecido mas arriba en cuanto á las acciones posesorias en general, rige tambien en esta prueba. En esto hay asimismo una cuestion particular que resolver: cuando el demandado no niega de una manera absoluta la posesion del demandante, y se la concede añadiendo la restriccion de que él, el demandado, tiene la composesion, ¿á quién incumbe la prueba? Podría considerarse esta alegacion como una escepcion é imponer la prueba al demandado, pero creemos que el demandante es el que debe probar; porque pretendiendo este último hallarse en posesion de todas las partes de la cosa, y estando concedida esta posesion en ciertas partes y negada en otras, el caso presenta una litis contestacion en parte negativa, y la prueba corresponde al demandante. Podríamos todavía alegar en favor de nuestra opinion que si la composesion estuviese probada, cada una de las partes podría intentar la accion con el único objeto de imponer la prueba á su adversario el demandado.

§. 38.

DEL INTERDICTO UTI POSSIDETIS.

Fuentes particulares del *interdicto uti possidetis*.

§. 4. J. *de interdictis*.

Dig. lib. 43, tít. 17.

Código, lib. 8, tít. 6.

Carl. Albert *Weber das interdictum uti* possidetis *der Rœmer* Halle. 1824 en 8.° (Esta obra es muy profunda y digna de atencion.)

Wiederhold *das interdictum* uti possidetis *und die* novi operis nunciatio 1831 en 8.° (Véase mas arriba la adic. al §. 10.)

Las reglas que hemos establecido en el parágrafo precedente para los interdictos *retinendæ possessionis* en general, deben aplicarse ahora á la posesion de los bienes raices, es decir, al interdicto *uti possidetis*.

Las condiciones generales de estos interdictos eran: posesion en general, alteracion ejercida con violencia, continuacion de la posesion á pesar de la violacion. Se ha puesto en duda que puedan aplicarse la primera y la tercera posesion al interdicto possidetis.—En cuanto al primer punto Cupero exige para que se puedan conceder los interdictos retinendæ possessionis, que la posesion sea *civil*, pero esta opinion no es sino una consecuencia de la idea falsa que tenia de la posesion civil, idea cuya refutacion basta para rechazar su dictámen. Trata sin embargo de probar su asercion con nuestro interdicto en particular, y esta tentativa nos interesa aquí. Ulpiano dice en un texto muy conocido que el interdicto *de vi* no supone necesariamente la existencia de la posesion civil; Cupero deduce de aquí que debe constituir una de las condiciones del interdicto *uti possidetis*.

La tercera condicion, en virtud de la cual es necesario que el demandante tenga tambien el carácter de poseedor, se impone para recurrir al interdicto *uti possidetis* en términos tan esplícitos que parece imposible que haya duda en este punto. El *primer* motivo que se alega contra ella, se funda en la esplicacion errónea de la posesion civil en que se veia la posesion *quæ animo retinetur*, cuya continuacion sería posible al *dejectus*, y daría á este último la eleccion de recurrir al interdicto *de vi* (á causa de la pérdida de su posesion natural), ó bien al interdicto *uti possidetis* (á causa de la continuacion de su *posesion civil*). El *segundo* motivo se apoya en una interpretacion inexacta de la L. 11, D. *de vi*, que admite el interdicto *de vi* en el caso de una simple alteracion, é implica esta otra consecuencia de que el *dejectus* podría usar del interdicto *uti possidetis*. Otros adelantan tambien en *tercer* lugar que el *dejectus*, debiendo necesariamente como demandado ganar el pleito, debe tambien como demandante tener derecho al interdicto; dan á la igualdad de las partes en el interdicto *duplex* una estension demasiado grande, contra la cual hemos hablado arriba.

Así el efecto de este interdicto concuerda perfectamente con lo que hemos dicho arriba de los interdictos *retinendæ possessionis* en general.—Se trata pues en primer lugar de impedir el acto destinado á turbar la posesion. Por regla general se conseguirá fácilmente este objeto á consecuencia de la sola sentencia del juez que prohibe la alteracion; cuando esta prohibicion no basta, es necesario naturalmente como en todo juicio llegar á la ejecucion, que puede consistir entre otras cosas en que el juez imponga al que ha perdido el pleito, y que dá lugar á temores fundados de nuevas alteraciones, la obligacion de dar fianzas. Así el derecho de exigir estas fianzas se deriva ya del derecho general de ejecucion, y no necesita una sancion positiva, que no existe ni ha podido pretenderse que existiera sino por medio

de una interpretacion errónea. Por lo que toca á la alteracion ya verificada, el poseedor tiene derecho para reclamar la indemnizacion de los daños y perjuicios, cuyo importe debe compensar todo lo que le hizo perder ó le impidió ganar la violacion de la posesion.

Esto es lo que teniamos que decir con respecto á las condiciones y al efecto general de este interdicto; pero hay algunos casos particularmente esceptuados en los cuales no se admite el interdicto ó se concede solo en parte; es preciso tambien añadir las *escepciones* que competen al demandado y que corresponden á estos casos.—La primera de estas escepciones está fundada en el modo empleado por el demandante para adquirir la posesion; cuando esta ha comenzado por consecuencia de una violencia ó clandestinamente ó bien por un *precarium*, no es el demandante sino el demandado quien gana el pleito; es preciso sin embargo para que se puedan alegar escepciones por estos vicios que los actos ilegales de los cuales resultan hayan sido cometidos entre las mismas personas que se presentan como demandante y demandado; la escepcion no es pues fundada sino cuando la *dejectio*, etc., etc., ha sido verificada por el autor del demandante ó bien contra otra persona distinta del demandado.

El motivo por el cual se ha introducido esta escepcion consiste en que el demandado tiene derecho en la mayor parte de los casos á un interdicto *recuperandæ possessionis*, y que es mas natural escluir al demandante de su demanda abreviando el procedimiento y hasta poner por una razon particular al demandado en posesion en vez de hacer desde luego sucumbir en el proceso sobre el interdicto *uti possidetis* al demandado que no es poseedor y darle en otro proceso una sentencia favorable.—La segunda escepcion concierne la prescripcion del interdicto. Cuando ha pasado un año desde que tuvo lugar la alteracion, no se puede recurrir á este interdicto para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios, á no ser que el que ha cometido la alteracion haya ganado con la pérdida del poseedor.—No hay otras escepciones fuera de aquellas de que acabamos de hablar.

§. 39.

DEL INTERDICTO UTRUBI.

Fuentes particulares del interdicto *utrubi*.

§. 4. Inst. *de interdictis*.

Dig., lib. 43, tít. 31.

Cod. Teod., lib. 4, tít. 23.

Así como el interdicto *uti possidetis* protege al poseedor de bienes raices, del mismo modo el interdicto *utrubi* está destinado á garantir la posesion de todos los bienes muebles, aunque segun el Edicto no concernia mas que al esclavo.

La primera condicion es aquí como en el interdicto *uti possidetis* la posesion jurídica; no hay necesidad de que esta posesion sea civil. Pero la posesion sola no bastaba, era necesario que hubiese sido ejercida en el año último durante mas largo tiempo por el demandante que por su adversario. En la computacion de este tiempo se contaba naturalmente la duracion de la posesion del vendedor, de suerte que la *accesion de la posesion* era aquí de tan gran peso como en materia de usucapion y en la prescripcion de algunas acciones.

El derecho romano moderno ha derogado esta distincion y ha colocado el interdicto *utrubi* en la misma línea que el interdicto *uti possidetis*; parece cierto que se debe á Justiniano este cambio y que el texto de Ulpiano en que está consignado está interpolado; porque ni Paulo ni Gayo ni la constitucion de Diocleciano contenida en los *Fragmentos del Vaticano* ofrecen la menor señal de esta innovacion.—La segunda condicion es una usurpacion violenta de la posesion: no presenta nada de particular.—Es preciso en tercer lugar que la posesion no haya cesado por consecuencia de la violacion; es preciso que continúe todavia; es un principio indudable en el derecho de Justiniano, y todo lo que se dice con respecto al interdicto *uti possidetis* halla tambien perfectamente su aplicacion al interdicto *utrubi*. ¿Pero qué es lo que debia decidirse antes de la identificacion de los dos interdictos? El interdicto *utrubi* ¿tiene en este último caso el carácter *puro* de los interdictos *retinendæ possessionis*, es decir, se exigia tambien además de la *possessio majoris anni partis* la existencia de la posesion en el momento en que el demandante se presentaba como tal, ó bien esta existencia no tenia importancia ninguna?

Ahora estamos convencidos de que se debe decidir segun esta última opinion, aunque los motivos que nos inducen á adoptarla no tengan nada que ver con los que se han invocado hasta ahora en su apoyo. Habia en efecto la costumbre de citar como textos justificativos algunas leyes que no prueban absolutamente nada en favor de esta opinion. Son estos.

A L. 3, §. 5, D. *ad exhibendum*.

Sed et si quis *interdicturus rem exhiberi desideret* audietur.

B L. 3, §. 12, D. *ad exhibendum*.

Pomponius scribit, ejusdem hominis recte ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo ususfructus sit, *tertius possessionem suam contendat*, quartus pignoratus sibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium interest exhiberi hominem.

La accion *ad exhibendum* se dice que está destinada en uno y en otro caso á servir de introduccion al interdicto *utrubi*; y se deduce de aquí que se puede reclamar igualmente por este último

la posesion perdida; pero en primer lugar no es necesario referir estos textos al interdicto *utrubi*, porque se puede tambien entender el parágrafo 5 de todo interdicto *adipiscendæ possessionis* y no hay necesidad de suponer en el caso del parágrafo 12 el derecho á una accion posesoria; resulta tambien de otros textos que la accion *ad exhibendum* puede ser empleada sin que tenga ninguna relacion con un derecho cualquiera á otra accion con tal que haya *interés* y una *justa causa*, y que si estas condiciones se cumplen puede por sí mismo hacer dar inmediatamente la posesion. En segundo lugar la deduccion que se sacaba de aquí es falsa, pues aun cuando la accion *ad exhibendum* pudiese realmente ser preparatoria para el interdicto *utrubi*, no es necesario suponer en este interdicto la posesion perdida. No perdiendo tampoco el *commodans* en posesion cuando el comodatario no hace mas que negarle la restitucion si no comete al mismo tiempo un verdadero *furtum* por la *contractatio*, la accion *ad exhibendum* puede muy bien en este caso ser preparatoria para el interdicto *utrubi* como interdicto retinendæ possessionis; la misma combinacion sería tambien concebible en el caso de la const. 14, c. *de agricolis*.

C Const. 14, c. *de agricolis*. (c. pr. Cod. Teod. IV, 23).

« Si coloni quos bona fide quisque *possidet*, ad alios fugæ vitio transeuntes necessitatem propriæ conditionis declinare tentaverint, bonæ fidei *possessori* primum oportet celeri reformatione succurri; et tunc causam originis et proprietatis agitari. »

La version *possidet* que está ciertamente sacada de manuscritos porque el testimonio de editores tan dignos de fe habla en su favor, se encuentra confirmada en la palabra siguiente *possessori*, que no puede aplicarse de otro modo que por *ei qui possessor* EST. Un motivo todavía mas poderoso y que milita en favor de esta version es el contenido mismo de este pasaje.

Los siervos (*coloni*) á quienes se trataba bajo muchos conceptos lo mismo que á los esclavos, se habian fugado, y alegaban bajo la proteccion de un tercero haber nacido libres: debia intentarse una accion contra este tercero. Este no era pues poseedor de los siervos, porque no quería serlo, y los colonos tratados como *servi-fugitivi* se hallaban todavía como estos en la posesion de su amo. Se trata por consiguiente en nuestro texto del interdicto *utrubi* y esto lo prueba tambien el epígrafe del código teodosiano; y las palabras BONÆ FIDEI *possessor* indican la misma cosa, designando las escepciones que pueden escluir lo mismo este interdicto que el *uti possidetis*; pero el interdicto mismo tiene aquí como en todas partes el carácter de los de RETINENDÆ *possessionis*.

D. Petronio cap. 13.

Petronio cuenta que habiéndose perdido un vestido y sido este encontrado en tierra y recogido por uno, se habia recurrido al interdicto contra este último. Este pasaje probaría en verdad el principio, si se pudiese en general considerar á Petronio como habil en dar testimonios sobre una materia que tanto se refiere á los pormenores del derecho civil.

Ninguno de estos motivos prueba pues el principio; pero hay otros mas decisivos.

A Teofilo que debe haber conocido por sí mismo la antigua forma del interdicto, propone espresamente el ejemplo siguiente para ilustrar la materia: «cuando yo poseo una cosa durante siete meses, y otro la posee durante los cinco meses *subsiguientes*, gano el pleito, y el otro deberá restituirme la posesion. »

B Si hubiera sido de otro modo, no se habria podido decidir la diferencia en muchos casos; por ejemplo en el que Teofilo propone.

El mismo principio práctico queda pues fuera de toda duda; ¿pero cuáles son las ideas teóricas que nos explican su orígen? ¿Se debe considerar el *interdictum utrubi* como RECUPERANDÆ *possessionis*? Este punto es de la mas alta importancia para nuestra manera de considerar los interdictos posesorios en general, porque les hacemos depender de una *violacion formal* que no se halla seguramente en el interdicto *utrubi* cuando es interdicto RECUPERANDÆ *possessionis*. Ahora bien, se puede probar hasta la evidencia que los romanos no veian jamas en este interdicto un interdicto RECUPERANDÆ *possessionis*. Gayo y Paulo, que no saben ni uno ni otro nada de la nueva forma de este interdicto, le llaman en términos espresos *interdictum* RETINENDÆ *possessionis*, al lado del *interdictum* UTI POSSIDETIS. Paulo habla un poco mas lejos del interdicto de vi; establece el principio conocido de que no se puede usar de él cuando se trata de bienes muebles; cita otra accion que puede reemplazarle en este caso, y con este motivo donde deberíamos ante todo encontrar el interdicto *utrubi*, si alguna vez se hubiese aplicado á la posesion *perdida* como tal, no se hace de él la menor mencion.

Véase nuestra solucion de la cuestion. El interdicto *utrubi* es interdicto *retinendæ possessionis*, pero por consecuencia de una ficcion se considera la posesion *major anni pars* como posesion *actual*. Ahora bien, si el demandante no es al mismo tiempo poseedor actual, la negativa actual de restituir la cosa constituye la violacion que se requiere. Es del todo indiferente en este caso que el adversario haya usurpado con violencia la posesion del demandante ó que la haya adquirido de una manera irreprensible. Es *posible* que las dos cosas existan á la vez, que la *major anni pars* y la violencia coincidan, pero esta coincidencia no es mas que accidental, y esta circunstancia esclarece muy bien la diferencia esencial que existe entre nuestro interdicto y los interdictos RECUPERANDÆ *possessionis*. Sin embargo, no negamos por eso que esta coincidencia, aunque en sí misma accidental, tenga lugar tal vez realmente en el mayor número de casos, de suerte que en cuanto al resultado práctico este interdicto presta-

rá los mismos servicios que si fuese un interdicto RECUPERANDÆ *possessionis*. Esta observacion se encuentra particularmente confirmada en el motivo siguiente. Cuando nos usurpan con violencia la posesion de una cosa mueble y nosotros empleamos el interdicto solamente en el año contado desde la fecha de la violacion, ganaremos necesariamente el pleito á causa de la escepcion *vitiosæ possessionis* que sigue inmediatamente; así no debe dar mas que un valor puramente teórico á nuestra defensa pertinaz del carácter del interdicto RECUPERANDÆ *possessionis* que atribuimos al interdicto *utrubi*; despues probaremos (§. 40) que este interdicto se aplicaba para el resultado práctico como sustitucion del interdicto *unde vi*, y que estaba destinado á este uso.

Hemos hablado hasta ahora de las condiciones de este interdicto; sus efectos no presentan nada de particular. Su objeto es tambien desde luego y principalmente impedir la alteracion misma de la posesion, y despues hacer obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios por el tiempo pasado.

En fin, no nos resta mas que hablar de las *excepciones* á que da lugar este interdicto. — La primera se funda como en el interdicto *uti possidetis*, en la VITIOSA *possessio* del demandante, y se exige tambien aquí para que pueda ser invocada que la violencia, etc., haya sido ejercida contra el demandado. Este principio no ofrece duda alguna en derecho romano moderno, y la idea de negarlo en el derecho romano antiguo es muy estraña de parte de Cupero. Véanse las razones que alega este jurisconsulto en favor de su opinion: *A* Paulo no repite en términos expresos las palabras *ab adversario*; pero podria presentarse la misma prueba para el derecho romano moderno, porque estas palabras no se hallan tampoco en el texto probablemente interpolado de las *Pandectas*. *B* Un argumento *a contrario*, motivo que es evidentemente mucho peor que el primero. Pierde por el contrario enteramente de vista el testimonio expreso que dá la *Instituta* y que concierne precisamente al derecho antiguo, y no se podria imaginar ninguna razon para negar á esta fuente la fuerza de una prueba. Gayo corta decididamente esta controversia.—La segunda excepcion que podria oponerse al interdicto *uti possidetis*, se refiere á la prescripcion: no parece que se pueda invocar semejante excepcion contra el interdicto *utrubi*, porque ni el Edicto mismo ni la Instituta lo prescriben; pero está efectivamente comprendida en el derecho antiguo, á consecuencia de la computacion particular del tiempo que tenia lugar para este interdicto; su aplicacion en derecho moderno es una consecuencia necesaria de la identificacion absoluta de los dos interdictos.

§. 40.

DEL INTERDICTO DE VI.

Fuentes de este interdicto.

Ciceron, *Pro A. Cæcina*.

Ciceron, *Pro Tullio* (en las Orat. frag. de Ciceron. ed. Peyron Stuttgardt 1824, en 4.°, p. 96—109.)

Gayo, IV, §. 154, 155.

§. 6, Inst. *de interdictis*.

Dig., lib. 43, tít. 16.

Cód. Just., lib. 8, tít. 4, 5.

Cód. Teod., lib. 4, tít. 22.

Autores:

Para la interpretacion del discurso pronunciado por Ciceron en favor de Cæcina, pueden ser útiles además de las ediciones que ha dado Grævio de los discursos del orador y de las publicadas en Nápoles, algunas ediciones y comentarios que han visto la luz pública separadamente: citaremos á Omfalio (París 1535, en 8.°) Bart. Latomo (Argentor. 1539, en 8.°), y Pedro Pellitario (París 1540, en 4.°).

Pero la obra siguiente es mucho mas importante y útil.

Henr. Const. Cras. *Diss qua spec. jurispr. Ciceron exhib. S. Ciceronem justam pro H. Cæcina causam dixisse ostenditur.* Lugd. Bat. 1769, en 4.°; escrito profundo que no consiste únicamente en la interpretacion del discurso de Ciceron, sino que ilustra toda la materia del interdicto. Sin embargo, no es muy probable, ni aun para el autor de esta obra, que Ciceron defendiese una causa muy justa.

Ferd. Gotth. Fleck. *Comm. binæ de interd.* unde vi et remediis spolii. Lipsiæ 1797, en 8.°

La primera parte del libro es la unica que nos interesa, y aun si se esceptuan algunas adiciones insignificantes, no es mas que una copia de Cras.

El que habia perdido la posesion á consecuencia de una violencia la reclamaba de una manera diferente segun que la violencia habia sido ejercida con armas ó sin ellas. Por esta razon se adoptan ordinariamente dos diversos interdictos el *de vi quotidiana* y el *de vi armata*; pero en la esencia no habia mas que un solo interdicto *de vi* que se empleaba unas veces de una manera regular (interdicto *de vi* sin adicion), otras veces con algunas derogaciones mas rigorosas contra el demandado (interdicto *de vi*