§. 47.

DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

El último caso de la *juris quasi possessio* es relativo á la superficie (§. 23.), único *jus in re* que además de las servidumbres dá lugar á la cuasi-possessio.

Fuente particular para el derecho de superficie: Digesto, lib. XLIII, tít. XVIII.

Todo edificio es considerado como parte del suelo sobre que reposa, y su propiedad lo mismo que su posesion no pueden separarse de la propiedad y posesion de este suelo. La única separacion consiste en una especie particular de *jus in re* que el propietario puede transmitir á otro. Aquel á quien compete este *jus in re* no es poseedor ni propietario de la casa, pero tiene una *juris quasi possessio* y en virtud de ella acciones posesorias. La *juris quasi possessio* de este derecho, es muy semejante á la de las servidumbres personales, porque depende lo mismo que ella de la posesion natural de la cosa. Así es, que no hay diferencia entre una y otra en lo que concierne á la adquisicion y pérdida de la posesion, y si la hay en cuanto á los interdictos, puede asegurarse que no es mas práctica.

I. La alteracion violenta de la posesion no da lugar, como el usufructo, etc., al interdicto *uti possidetis*, sino á un interdicto particular que tiene todos los derechos del *uti possidetis*. La diferencia no consiste pues mas que en el nombre, y véase cómo puede esplicarse: la *superficie* era institucion *pretoriana* y por tanto debia adquirir su existencia jurídica con la insercion en el Edicto; parece que por un efecto de la casualidad se le señaló su lugar al lado de los interdictos en vez de colocarla al lado de las acciones reales. No sucedia lo mismo con el usufructo: todas las superficies se fundaban ya en el derecho civil y por lo mismo no habia necesidad respecto á ellas mas que de la simple aplicacion de los interdictos posesorios comunes.

II. Cuando la posesion natural ha cesado por *dejectio*, puede aplicarse el interdicto *de vi* como en la posesion propiamente dicha.

III. Cuando el superficiario ha concedido *precario* el ejercicio de su derecho á otro, y este se niega á restituírsele, ha lugar al interdicto *de precario*; porque á este interdicto se puede recurrir en reclamacion de todos los derechos susceptibles de restitucion, y la superficie debe ser contada lo mismo que las servidumbres en el numero de los *jura* (*in re*).

SECCION SEXTA.

MODIFICACIONES QUE HA ESPERIMENTADO EL DERECHO ROMANO.

§. 48.

Hemos espuesto en las cinco primeras secciones de esta obra la teoría de la posesion, prescindiendo enteramente de lo que en los tiempos modernos podia haberse añadido al derecho romano; esta abstraccion nos ha parecido necesaria para evitar que de la confusion del derecho romano antiguo con el derecho de nuestros dias resultase la ignorancia de uno y otro.

La esposicion de esta teoría está ya terminada, pero falta saber las modificaciones que en ella modernamente se han hecho. Hay al mismo tiempo un motivo particular que nos obliga á examinar esta cuestion; y es que de todos los errores importantes que se han estendido acerca de las ideas romanas relativas á la posesion, no hay tal vez uno que no tenga su orígen en el derecho canónico ó en el derecho aleman. Refutando las opiniones falsas por medio del derecho romano, habremos pues ganado en la práctica; podria creerse, no obstante que se aprobaran nuestras deducciones, que no hemos hecho mas que demostrar lo que hay de erróneo en las pruebas en que se ha querido fundar ciertos principios de derecho y que estos pueden todavía ser justos é incontestables. Para que sea aplicable la teoría de la posesion deben examinarse y exponerse las disposiciones legislativas posteriores que la modifican: los parágrafos siguientes están destinados á indicar al menos estas relaciones; si quisiésemos estendernos nos sería necesario partir de cinco puntos de vista históricos enteramente diferentes y salirnos de los límites de esta obra.

Hay tres puntos que debemos examinar: el primero se refiere á la nocion de la posesion (§. 49), el segundo y el terce-

ro á las acciones posesorias, *el remedium spolii* (§. 50) y el *possessorium summarium* ó *summariissimum* (§. 51.)

§. 49.

NOCION DE LA POSESION.

Lo primero que vamos á examinar aquí es, como hemos dicho, la nocion de la posesion. El derecho romano no admitia la posesion mas que para la propiedad y para los *jura in re*; pero despues se la ha debido hacer estensiva á *todo derecho posible* principalmente por la autoridad del derecho canónico.

Toda la teoría de la posesion consistia en el principio de proteger contra la violacion cometida en cierta manera el ejercicio solo de un derecho, sin tomar en consideracion la existencia de este último; de aquí se sigue que esta proteccion no podia alcanzar mas que á los derechos susceptibles de ser violados de esta manera, y no conocemos otros mas que la *propiedad* y los *jura in re*. Pero la constitucion de la iglesia cristiana y de los estados europeos ha creado y unido á la posesion y goce del *suelo* derechos que los romanos no conocian ó que estaban lejos de considerar como pertenecientes á particulares. Así es como el ejercicio del poder episcopal depende de la posesion de la iglesia episcopal y de sus bienes; así es tambien como se descubre una dependencia análoga entre los poderes supremos del estado ó bien entre una y otra de sus ramas en la soberanía de los príncipes y en la jurisdiccion de los propietarios territoriales; finalmente, lo mismo sucede con las cargas reales que han tenido su orígen en el derecho aleman, como las rentas, los diezmos, etc. Puede concebirse perfectamente para todos estos derechos una proteccion concedida al simple ejercicio y semejante á la creada para el ejercicio de la propiedad; y la posesion que de este modo se estableciese para los derechos, sería siempre fácil de reducir á la del suelo, esto es, al ejercicio de la propiedad de este último. La exactitud de nuestra observacion es evidente en muchos casos; por ejemplo, cuando un obispo es espulsado con violencia de su diócesis, la alteracion de la posesion del suelo vá inseparablemente unida á la alteracion en los derechos episcopales, y la misma union existe tambien por necesidad en la proteccion concedida contra esta alteracion. Los mismos casos en los cuales se impidiese con violencia tan solo el ejercicio de uno de estos derechos, por ejemplo, el de la jurisdiccion, admiten, no en verdad la relacion de que hablamos con el suelo, si no una cosa análoga, exactamente como en la *juris quasi possessio* romana. Una alteracion violenta de estos derechos es tan posible como lo era en las servidumbres, y la aplicacion de la proteccion que el derecho romano concedia ya al simple ejercicio de estas servidumbres es la justa consecuencia de aquella.

Pero no solo es concebible la relacion que acabamos de describir, sino que existe ya hace mucho tiempo. Con frecuencia se trata en derecho canónico de la posesion, de los derechos diocesanos, y de otros derechos eclesiásticos así como de los diezmos á ellos anejos; nadie ha dudado tampoco que la jurisdiccion y otros derechos de la misma clase deben ser protegidos lo mismo que la propiedad contra las alteraciones violentas de su ejercicio, aunque los romanos no hayan podido pensár jamás en la proteccion de ninguno de estos derechos. Nuestro dictámen está confirmado en una restriccion notable con que el derecho canónico, modifica esta nueva especie de posesion. Cuando personas eclesiasticas poseen diezmos en otra parroquia distinta de la suya y el *parochus* les desposee, no pueden, segun las leyes canónicas, esperar ninguna proteccion para su posesion; es preciso que prueben el derecho mismo, porque el *jus commune*, es decir, la regla de la *constitucion de la iglesia*, les es contrario.

¿En qué relaciones se encuentra, pues, esta especie de posesion con el derecho romano? No se funda en su aplicacion inmediata, porque los objetos de ella son estraños al derecho romano; pero es el resultado de una aplicacion muy natural y muy lógica de los principios de este derecho. La nocion de la posesion no ha esperimentado por consiguiente modificaciones; lo único que se ha hecho ha sido estenderla á derechos, á los cuales los romanos mismos la habrían aplicado si los hubiesen conocido.

Pero además de estos derechos, en que no puede desconocerse una estension del derecho romano, y en conformidad con el espíritu de éste, se citan principalmente otras dos clases de derechos, para los cuales se cree establecida la cuasi posesion, á saber, los derechos relativos al estado de las personas y á las obligaciones. El exámen de esta opinion bastará para refutar suficientemente las ideas demasiado generales y vagas que se han querido sustituir á las que en derecho romano tan perfectamente determinan la posesion.

Preténdese, pues, en primer lugar, la existencia de la posesion en materia de *derechos de familia*; y para el *matrimonio*, es decir, para el caso mas importante que estos derechos pueden presentar, se invoca el testimonio de los textos espresos del derecho canónico. Esto se comprenderá fácilmente si comparamos este caso con otro de la posesion propiamente dicha.—Si hubiese contestaciones sobre la *propiedad* de un fundo, podrian muy bien resolverse aun cuando el derecho positivo no contuviese ninguna disposicion sobre el derecho que resulta únicamente de la posesion: tambien sería posible y aun podria ser necesario en este caso que el juez arreglase préviamente la posicion en que se hallan las partes respecto a la posesion; pero una medida provisional de esta especie se diferenciaría siempre mucho de una proteccion concedida á la posesion como a derecho particu-

lar é independiente. Para hacer mas manifiesta y comprensible la diferencia que separa esta proteccion de la medida provisional de que se trata, supongamos que ninguna de las dos partes tiene realmente la propiedad, sino que antes una de ellas ha sido desposeida con violencia por la otra: la medida provisional nada podria modificar en este caso porque en el hecho la posesion es tranquila y manifiesta; pero la *obligatio* que constituye el único derecho que resulta de la posesion nos autorizaría á exigir la restitucion de la posesion que el adversario destruyó con violencia en época anterior.—Volvamos á los derechos de familia cuya posesion se quiere que proteja el juez. La proteccion que se concede á su ejercicio, no es mas que una medida provisional relativa á este ejercicio que se encuentra en la decision definitiva á intervenir sobre el derecho mismo. Cuando la forma del matrimonio, por ejemplo, no es disputada, sino que se alegan otros motivos contra su validez, es preciso presentar estos motivos y juzgar si son ó no admisibles; pero hasta que intervenga la decision, debe continuar el matrimonio, segun el derecho canónico, con tal que la continuacion no sea pecado por razones particulares. Semejante disposicion no contiene, pues, un derecho que resulte únicamente de la posesion, es decir, un *jus obligationis* por el cual se asegure el ejercicio de otro derecho sin considerar en manera alguna si este último existe realmente.

Todo lo que acaba de decirse aquí contra la posesion de los derechos de familia se aplica con mas razon á la posesion de las obligaciones. En la mayor parte de los casos no se concibe posibilidad alguna de poseerlas, y ha sido gran casualidad que haya podido tratarse de ellas en un caso solamente. El que recibe los intereses de un capital adquiriría por esto la *posesion* del derecho al capital y á sus intereses futuros. Podemos dispensarnos de probar que en este caso menos que para los derechos de familia puede adoptarse un verdadero derecho resultante solo de la posesion; pero no es necesario en este caso adoptar una medida provisional para el ejercicio del derecho al capital y á los intereses, aunque muchos han sido de contrario parecer fundándose en textos del derecho romano que á todo se refieren menos á semejante disposicion.

Creemos haber probado que la manera con que los romanos consideraron la posesion, mas que modificada, ha sido desarrollada en sus consecuencias. Fáltanos ahora investigar cuánto se ha modificado el derecho de las acciones, resultante solo de la posesion, es decir, las formas que toma la proteccion concedida á la posesion.

§. 50.

DE LA ACCION SPOLII.

Autores sobre el *remedium spolii* (*Spolienthage*):

C. Ziegler. *Ad can. redintegranda.* El opúsculo ha sido reproducido con notas en Woltær, *Observ. ad jus civ. et Brand.* fasc. 2. Hall. 1779, 8.° Obrero 35.

J. H. Bœhmer en su *Jus eccles. protest.*, lib. II, tít. XIII. El mismo, *Notæ in c.* 3. C. 3. q. 1, etc., etc., en su edicion del *Corp. jur. can.* Hal. 1744.

Fleck, *De interdictis unde vi et remedio spolii*, p. 83.—136.

Entre las decretales apócrifas, por medio de las cuales la coleccion *Pseudo-Isidoriana* minaba la autoridad de los arzobispos y sínodos provinciales, se encuentra una série del tenor siguiente: «cuando un obispo ha sido espulsado de su sede ó privado de sus bienes personales no se le podrá juzgar ante el sínodo por crímen ninguno, hasta que se le haya restablecido en la posesion de los bienes perdidos.» El mismo falsario que forjó estas cartas de los obispos de Roma, no pudo imaginar que uno de sus textos serviría algun dia para apoyar un sistema nuevo del derecho de acciones posesorias y aun de la posesion. Véase el pasaje que por casualidad ha recibido este honor:

«Redintegranda sunt omnia exspoliatis, vel ejectis episcopis presentialiter ordinatione pontificium, et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda quæcumque conditione temporis aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quas qumque injustas causas, res ecclesiæ vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur *ante accusationem*, *aut regularem ad synodum vocationem eorum* et rel.»

Si es cierto lo que nos aseguran todos los prácticos, que este texto ha hecho supérfluo todo cuanto el derecho romano ha determinado sobre la posesion, debe contener por lo menos las disposiciones siguientes:

1.° El derecho á las acciones existe independientemente de la posesion *jurídica* del demandante.

2.° Se aplica igualmente para cosas muebles.—En la exposicion del derecho romano (§. 40) hemos dicho ya lo bastante sobre este punto.

3.° Sirve tambien para las cosas incorpóreas, es decir, como proteccion concedida al ejercicio de todo derecho cualquiera que sea. (V. el §. 49).

4.° No es necesario que se haya alterado la posesion con *violencia*; basta para tener este derecho una pérdida cualquiera de la posesion sin motivo legal.

5.° Tambien puede ejercerse contra todo tercer poseedor.

6.° No se limita su duracion á un año.—Ya hemos examinado este punto en el §. 40.

La *primera*, *cuarta y quinta* disposicion merecen fijar particularmente nuestra atencion; si estuviesen efectivamente contenidas en el texto, importaría poco que no se tratase en él mas que de los obispos; los obispos podrían ser propuestos como ejemplos, ó bien nosotros podríamos en virtud de la analogía, aplicarnos á nosotros mismos lo que el autor de este texto y Graciano que en él se funda, han querido atribuir á los obispos solos.

Los jurisconsultos bien versados en su ciencia no se han dejado engañar, ó al menos no han caido en graves errores; todos son de parecer que el texto no ha introducido un nuevo derecho en las acciones posesorias, y que su autor ha querido hablar del derecho romano, es decir, del interdicto *de vi*, aunque muchos de ellos parece que se inclinan á admitir que nuestro pasaje del *decreto* ha introducido leves modificaciones en el interdicto.

Pero todavia se pueden refutar estas proposiciones de una manera mas concluyente. El texto no dice en ninguna parte que sea necesario conceder la *restitucion* á un obispo desposeido, sino solamente *que no está permitido formarle causa mientras no se le conceda la restitucion*; no dice *redintegranda sunt* omnia episcopis, sino redintegranda sunt omnia episcopis *ante accusationem*, *aut regularem ad synodum vocationem eorum*. Si este pasaje hubiese tenido la forma de otro, del cual solo difiere por casualidad y que es este: «*nullus episcopus exspoliatus debet accusari priusquam integerrime restauretur*», seguramente que á nadie habría ocurrido la idea de buscar en él un derecho particular á las acciones posesorias. No se trata, pues, en todo el texto de un *derecho á las acciones*, sino de una escepcion contra la acusacion ante el sínodo; de donde sacamos dos consecuencias. En *primer lugar* es imposible hacer estensiva á todos los demás hombres esta distincion establecida en favor de los obispos; porque se puede concebir que todo el mundo tiene derecho á la misma accion para la restitucion de la posesion usurpada, pero nuestra escepcion no tiene sentido alguno si no es en la relacion particular del obispo con el sínodo.—En *segundo lugar* es evidente que el texto no ha introducido un derecho nuevo á las acciones posesorias sino que todo lo mas le *supone* existente.

Pretendíase que el derecho de las acciones posesorias habia recibido especialmente tres disposiciones nuevas; debia haber creado un derecho á las acciones sin *posesion jurídica*, sin *alteracion violenta* y competente contra *todo tercer poseedor*. La *primera* de estas tres innovaciones no encuentra apoyo en el texto; mas este parece que contiene en efecto algunos motivos para la *segunda* y *tercera*. Para la *segunda*, porque las palabras

«*aut captivitate*, *aut dolo*, *aut violentia malorum*, *aut per quascumque injustas causas*» prueban un gran cuidado de no limitar el precepto á los casos en que el obispo hubiese sido desposeido con violencia, y las palabras indeterminadas *redintegranda sunt* no hacen ninguna distincion entre las diversas personas que podrían tener la posesion. Parece, pues, verosimil que el autor de este texto y Graciano con él han creido que habría derecho á una accion, aun sin estas dos condiciones (la violencia y el recurso contra el autor de ella). Pero ¿á qué accion? ¿A una accion *resultante únicamente de la posesion*? El texto no presenta ninguna señal de semejante disposicion. El obispo que por *injusta causa* no está en posesion de su diócesis debe, sin embargo, segun nuestro pasaje, ser considerado como *obispo*; los bienes que ha perdido por *injusta causa*, deben ser considerados como *suyos*: su derecho á una *accion* petitoria no está por consiguiente sujeto á dudas en este caso, aunque no pueda tal vez tenerle para una accion *posesoria*.

Reasumiremos brevemente toda esta interpretacion. El texto no establece disposicion ninguna sobre el derecho á una accion, no hace mas que suponerla. Este derecho á una accion será en el mayor número de casos un interdicto romano (1) y en otros (2) la reivindicacion. Puede, pues, ser esplicado perfectamente en toda su estension por el derecho romano, y no es necesario admitir á causa de esta suposicion la introduccion de un derecho nuevo á la accion posesoria.

Pero si es cierto que la letra de nuestro pasaje no contiene un derecho nuevo de la posesion, y que ni su autor ni Graciano han pensado en introducir por medio de él semejante derecho, ¿cómo es que se ha dado esta interpretacion inventada, no por un solo jurisconsulto, como podría creerse, sino por el mayor número de los prácticos? No podemos responder á esta pregunta sino con una hipótesis, pero hipótesis cuya verdad parece muy probable. No se conocia á fondo el derecho romano concerniente á la posesion; en muchos casos de posesion perdida se carecia de un derecho á una accion, que se habría ofrecido sin dificultad, si hubiese habido mas instruccion en la materia. No habia, pues, cosa mas cómoda que inventar una nueva via judicial, cuya generalidad y cuya vaguedad pudiesen dispensar del estudio penoso de los ramos mas árduos del derecho romano. ¿Es de admirar que los prácticos hayan acogido tan de buena gana esta invencion, y que lejos de dudar de su valor, se hayan apresurado á ensalzarlo y ponderarlo hasta lo sumo? La novedad necesitaba, sin embargo, el apoyo de una autoridad, y fué casualidad chistosa que se escogiera por fundamento de este bello sistema un texto de la coleccion *Pseudo-Isidoriana*.

(1) *Exspoliatis* vel *ejectis* episcopis *captivitate* aut *violentia*.
(2) Aut *per quascumque injustas causas*.

Además de estas innovaciones importantes que el derecho canónico *no contiene*, hay otras dos de menos entidad que introduce realmente y que se refieren ambas al derecho de la posesion usurpada con violencia.

La *primera* de estas innovaciones es relativa al derecho mismo de accion. El derecho romano no concedia accion contra el tercero, aun cuando este hubiese recibido la cosa del autor de la violencia y tuviese noticia de la usurpacion. Pero Inocencio III, conociendo que el alma de este tercero corria tan gran peligro como la del mismo poseedor violento, admitió la accion contra él. Es pues evidente que aquí hay una verdadera estension dada al interdicto *de vi*, aunque esta estension no sea grande.

La *segunda* innovacion se refiere á la *exceptio spolii*. Esta escepcion, que al principio no era relativa mas que á las acusaciones contra los obispos, parece que ha sido considerada por el uso, como admisible en todo antes que fuese declarada disposicion legislativa. Compete á los que han sido despojado de sus bienes con violencia, y dá por resultado que no se admita al despojador ninguna accion civil que pudiese intentar, hasta que se haya efectuado la restitucion; no es sin embargo admisible cuando se trata en la accion del derecho ó de la cosa de una iglesia, en la escepcion, del derecho ó de la cosa de persona particular *ó vice versa*. Se puede oponer esta escepcion en las causas criminales aun cuando el acusador no sea el *spoliatus* sino un tercero; pero entonces el *spolium* debe subir á mas de la mitad de todos los bienes, y el acusador tiene derecho para pedir que se fije al acusado un término para uso del interdicto, finalizado el cual cese el efecto de la escepcion (1): la prueba del spolium en la cual se funda la escepcion debe ser presentada, tanto en materia civil como en materia criminal, en el término de quince dias.

La *escepcio spolii* tiene pues desde luego una importancia de puro procedimiento; ¿pero cuáles son las relaciones que tiene con el interdicto *de vi* cuando es intentado por el spoliatus? Distinguiremos el caso en que la accion y la escepcion conciernen á objetos diferentes, del caso en que ambas son relativas á un mismo objeto. En el primero el interdicto será provisionalmente escluido lo mismo que cualquiera otra accion por nuestra escepcion dilatoria; pero el demandado tiene derecho para recurrir á su interdicto en vez de proponer la escepcion del *spolium*, y entonces se instruyen y juzgan las dos causas á un mismo tiempo. En el segundo caso, es decir, cuando el demandante que reclama la restitucion de la posesion perdida ha espulsado antes al demandado de la misma posesion, nuestra escepcion no puede tener lugar como escepcion dilatoria; cualidad que debe sin embargo tener siempre segun el derecho canónico; el derecho romano no la admite como escepcion perentoria y esto es lo que debe todavía seguir de regla en el dia.

(1) Escusado es decir que no puede usarse esta escepcion en materia criminal, sino en los paises que siguen el procedimiento acusatorio en toda su pureza, es decir, que ha caido casi enteramente en desuso.

§. 51.

DEL POSSESSORIUM SUMMARIISSIMUM.

Desde el siglo XIII se formó en Italia, España, Francia y Alemania otro distinto procedimiento posesorio que se llamaba possessorium summarium ó summariissimum (1) para distinguirle de las acciones posesorias que el derecho romano habia ya introducido. La glosa no hace mencion ninguna de esta via judicial, pero la encontramos ya en Durantis y Juan Andreæ si bien no la dieron nombre alguno. Véase como puede esplicarse el orígen de esta institucion segun lo que unánimemente nos dicen los antiguos autores acerca de su uso. El procedimiento habia llegado á ser mas largo y complicado, cuanto mas corto debiera haber sido para poner término á la costumbre general de hacerse justicia por sí mismo; un pleito sobre la posesion sola, cuya terminacion habría exigido muy pocos dias en la misma Roma, podia durar largos años, y atendiendo á esto las partes no creian injusto apoderarse con violencia de lo que esperaban recibir despues en virtud de sentencia judicial. Este uso de la propia fuerza era igualmente de temer en la reivindicacion ó en las acciones resultantes de contratos; mas para evitar este inconveniente se prescindia entonces de una institucion jurídica particular: en todos estos casos la posesion era decidida entre las partes, y la incertidumbre misma en que se estaba sobre la posesion daba con frecuencia ocasion al empleo de la violencia porque podia usarse de ella bajo pretesto de propia defensa. Con el interdicto *de vi* sucedia lo mismo que con la reivindicacion: la cuestion de la posesion estaba decidida conforme á la asercion del mismo demandante porque este pretendia en virtud de una *obligatio* tener derecho á la restitucion de la posesion. Pero el interdicto uti possidetis no se hallaba en las mismas circunstancias; casi siempre era reclamado en litigios sobre la posesion actual: el objeto de los litigios que habia que decidir, constituia, pues, lo que daba ocasion al uso de la violencia, y era necesaria una institucion jurídica particular, para impedir que los justiciables se hiciesen justicia por sí mismos durante el largo tiempo que podia transcurrir hasta que se decidiese la posesion. Con este objeto se creó el *summariissimum* cuyo carácter es ahora fácil de determinar. No tiene relacion mas que con un interdicto *uti possidetis*, sobre el cual no hay todavía decision,

(1) Los antiguos autores le dan diversas denominaciones: en Italia se llamaba *mandatum de manutenendo*; en España *initio de interim*, en Francia *recredentia*, etc.

y solamente es necesario cuando el peligro de violencia es tan inminente que solo una sentencia provisional del juez puede impedirlo; en este caso se le considera como interdicto *uti possidetis* provisional, es decir, que se examina y decide exactamente la misma cuestion de derecho que en el interdicto *uti possidetis*, no habiendo entre ambos mas que una diferencia y es que la necesidad de una pronta decision domina á todas las consideraciones hasta á la de la certeza completa de los hechos.—La primera condicion de que dependia el interdicto *uti possidetis* era la de tener la posesion jurídica, y no han tenido fundamento varios jurisconsultos para decir que el sumariissimum exije solo la simple detentacion y no la posesion propiamente dicha. Aquí á la verdad será mas fácil al que tiene la simple detentacion engañar al juez haciéndola pasar por posesion; pero el objeto de la instruccion y el motivo del fallo es siempre la posesion jurídica y no es posible imaginar ninguna razon para hacer seguir al summariissimum principios diversos á los del interdicto *uti possidetis*; porque el objeto particular á que se dirige el summariissimum (el de evitar crímenes) se logra con la continuacion del estado de posesion, y mas allá de este objeto no es posible concebir otro motivo de decision sino aquel en que se apoya el fallo en el interdicto *uti possidetis*.—Sin embargo, no era suficiente cualquier clase de posesion en este interdicto, pues las tres escepciones conocidas rechazaban la *injusta possessio*. Así en el *summariissimum* estas escepciones deben tener su influencia en el fallo, pero las partes no podrán fácilmente gozar del beneficio de este principio, porque es imposible en el mayor número de casos presentar la prueba de estas escepciones con la prontitud que el nuevo procedimiento posesorio exije.

La esposicion que acabamos de hacer nos muestra que el objeto de la institucion del *summariissimum* era evitar crímenes y que se le puede considerar como una disposicion que la policía creyó conveniente establecer bajo la forma de via judicial. Esta opinion está confirmada en la forma en que la legislacion la introdujo en Alemania, y aunque la disposicion que la estableció no fué dada como ley obligatoria para toda Alemania, es indudable que en la esencia constituye la *norma* mas segura de la decision judicial, siempre que no se oponga á las leyes del pais sino solamente a una jurisprudencia de decretos que no esté todavía generalmente adoptada.—Véase lo que dispone esta ley: cuando súbditos inmediatos del imperio germánico disputan entre sí la posesion y la decision ofrece dudas, y cuando las circunstancias son tales que pueden temerse rebeliones é insurrecciones (estos términos significan aquí alteracion de la paz del pais), la cámara imperial tiene derecho para secuestrar la posesion, ya de oficio ya á peticion de las partes, y para decidir inmediatamente despues sin prévia instruccion judicial ni otros largos trámites á cuál de las partes conviene conceder la *momentánea*

possessio vel quasi y á cuál debe prohibirse que la pretenda *in possessorio* ni *in petitorio* hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. La ley añade que esta medida no perjudique al derecho ni á la posesion de ninguna de las partes.

Segun esta disposicion legislativa fácil es determinar la manera en que debe aplicarse nuestra institucion jurídica. El primer motivo de su consignacion en la ley consiste evidentemente en que ni aun el possessorium (ordinario) puede recibir una decision bastante pronta; pero lo que ha hecho establecer esta disposicion no es solamente la larga duracion de los pleitos sino el peligro que corría la tranquilidad pública. Cuando no puede probarse la existencia de este peligro, no ha lugar al summariissimum aunque una de las partes desee que se le ponga provisionalmente en posesion á causa de los largos trámites del procedimiento posesorio ordinario. Si el *summariissimum* pudiese ser concedido por esta sola causa, no habría motivo para dejarle de admitir en todos los demás pleitos, por ejemplo, en los litigios sobre la propiedad, porque la larga duracion de estos es igualmente desagradable. Es tambien natural que el uso frecuente que se hiciera de esta institucion prolongase los litigios posesorios de modo que fuese necesario otro summariissimum para evitar la duracion desmesurada del primero. Cuando por el contrario se aplica esta institucion con arreglo á su objeto y á lo que disponen las leyes del imperio, raras veces habrá que hacer uso de ella en Alemania, pues ya no es de temer la alteracion de la pública seguridad en los diversos estados de nuestra patria. Si pues el caso de que se trata llena las condiciones que exije la ley del imperio, no hay duda que debe observarse en el procedimiento del *summariissimum* todo lo que se ha dicho arriba; porque no diciendo la ley *á quien* debe concederse la posesion, no podemos decidir esta cuestion sino con arreglo á principios generales y como arriba lo hemos hecho. El resultado que debe producir el *summariissimum* se encuentra claramente determinado en la ley; no perjudica ni aun á la posesion jurídica, y cuando del *possessorium ordinarium* resulta despues que quien tenia la posesion jurídica no es el que ha obtenido sentencia favorable en el *summarium* sino su adversario, la sentencia dada en el *sumarium* no ha hecho entonces perder la posesion jurídica, y la posesion concedida por esta sentencia no es ya considerada sino como una simple detentacion por medio de la cual se ha ejercido provisionalmente la posesion jurídica.

Hasta ahora solo hemos hablado del *possessorium* SUMMARIUM sin hacer mencion del ORDINARIUM; porque este último solo tiene esta denominacion por oposicion al primero, y no es otra cosa sino el antiguo interdicto *uti possidetis*; fácil es conocer que el *summariissimum*, medida de policía destinada á asegurar el sosiego público, no podia tener ninguna influencia en esta institucion. Algunos jurisconsultos opinan que hay una relacion in-

versa entre las dos vias judiciales, y de esta opinion se encuentran diferentes aplicaciones en muchos autores: segun ellos el *summarium* es el antiguo interdicto, un poco modificado cuando mas, y el *ordinarium* les parece una especie de término medio establecido por el derecho canónico entre el *possessorium* y el *petitorium*. Con solo dirigir una ojeada á los antiguos autores y á la ley citada del imperio se descubre la falsedad histórica de esta proposicion. Estos autores declaran unánimemente que el *summariissimum* (la *recredentia*, el *interim*, etc.) es una innovacion que la práctica de los tribunales ha introducido en el derecho romano, y el decreto de la cámara imperial que determina exactamente las condiciones de que depende la aplicacion de esta institucion, dice en términos expresos que la decision prévia del *summariissimum* no debe tener ninguna influencia en el derecho ni en la posesion misma, y no puede haber querido hablar sino de lo que el derecho romano habia establecido acerca de la propiedad y de la posesion. El pasaje del derecho canónico que ha ocasionado la creencia errónea de que existia un *possessorium* ORDINARIUM nuevo se encuentra en el C. 9, X. *de probat*, , y se citan dos cualidades características de esta supuesta via judicial que se dice la distinguen del derecho romano. Quiérese en primer lugar que la posesion en que se funda el ORDINARIUM sea justa: si por esto se entendiese que no deba ser injusta (es decir, que no sea adquirida ni *vi*, ni *clam*, ni *precario*) admitiríamos esta proposicion; pero entonces nada diría que el derecho romano no diga espresamente; diría que se podian oponer al interdicto las tres escepciones conocidas. Pero aquí se vé en la justa posesion la que ha tomado origen en un acto jurídico (*justus titulus*). Se exige en segundo lugar para el recurso al ORDINARIUM que la posesion haya existido por mas de un año. El texto de las decretales no establece, sin embargo, una nueva via judicial, sino que supone el interdicto *uti possidetis* y examina en una especie particular la prueba presentada. Dos observaciones generales dan mucha probabilidad á esta manera de considerarlo: observaremos en primer lugar, que el pasaje está inserto en el título *de probationibus*; y en segundo lugar que la diferencia entre las *dos* vias posesorias, debería de ser importante en derecho canónico, y que por el contrario es completamente ignorada. Nuestra opinion adquiere completa certeza, si se examina el contenido del texto mismo. El caso que Inocencio III iba á decidir, se refería no solo á la posesion de un distrito, sino á la posesion de la jurisdiccion y de otros derechos en él. Cada una de estas partes habia presentado una multitud de testigos; una y otra habian probado que habian ejercido estos derechos durante muchos años: el punto de la posesion era, pues, muy dudoso. Véase cómo el Papa salió de esta dificultad: cómo una de las partes posee hace sesenta años el distrito con todos los derechos de soberanía, habiendo probado

al mismo tiempo que tiene un título justo á su posesion; y cómo la otra no ha ejercido sino durante cincuenta años la posesion de algunos derechos de soberanía; no habiendo podido presentar título justo para este ejercicio, debe mantenerse á la primera en su posesion por medio del interdicto *uti possidetis*. Ambos motivos de decision están perfectamente de acuerdo con la teoría romana del interdicto. El interdicto exigia: 1.° la posesion actual. Era dudosa en la especie á causa de las pruebas contradictorias; pero por otro lado era cierto que una de las partes habia tenido la posesion diez años antes que la otra; y como la pérdida de esta antigua posesion no estaba demostrada, y como al lado de esta última no era posible otra (*duo in solidum*, etc.) se presume á falta de prueba en contrario que esta posesion continúa todavía: 2.° una posesion no viciosa. Como una de las partes se apoyaba en privilegios otorgados por los emperadores y soberanos pontífices, y la otra no podia invocar ningun título semejante, era muy verosimil que la posesion de aquella no fuese viciosa mientras que la de la parte contraria, si existia, lo fuera sin duda alguna; de suerte que esta última habria debido perder en todo caso por las escepciones que para la otra no eran temibles. Véase por qué se hace mencion del justo título. Los términos elegidos en la parte dispositiva del texto, demuestran hasta la evidencia que tal era la opinion del Papa; así se espresa Inocencio III: «Nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus: uti possidetis, ita possideatis; cum probationes Ecclesiæ longe sint potiores: *et ideo sit in interdicto superior*. Commune faventiæ sibi condemnamus.... quo ad possessorium judicium, quo tantummodo actum est, ut neque per se neque per alios super his præsumat Ravenn. Ecclesiam.... molestare.»

§. 52.

DE LOS RESULTADOS DE ESTA SECCION.

Tal es el resultado general de nuestras investigaciones sobre el derecho moderno: este contiene á la verdad principios que el derecho romano no conocia, pero estos principios lejos de derogar por completo la teoría romana, no pueden tener sentido en sí mismos sino cuando se les considera como adiciones á esta teoría, cuya autoridad encuentra evidentemente su confirmacion en esta misma circunstancia.