

(f.69). Es cierto. Lo hicieron. Posiblemente para tratar de subsanar el error anotado. Pero eso no puede retrotraer la actuación y conferirles una calidad jurídica esencial para establecer la acción. El Tribunal debe observar si los demandantes tuvieron personería para ejercitar la acción; si aparece que no la tuvieron, la actuación, es baldía, aunque después cambien su situación de partes en el juicio.»

Lo correcto de la petición de diez y nueve de febrero, no subsana la grave irregularidad de la solicitud de quiebra, porque es un principio de procedimientos que el Juez no puede resolver sino con las constancias de autos; por tanto, para estudiar el auto apelado, sólo deben considerarse los documentos en que se fundó la demanda.

No es el caso de poner en conocimiento de las partes la nulidad, de acuerdo con el Art. 134 de la Ley 105 de 1890, porque se trata de resolver sobre la legalidad del auto que inicia el juicio; aquello sería procedente si ese auto estuviera firme. Actuar de distinta manera sería un contrasentido, porque equivaldría a aceptar el auto apelado al propio tiempo que reconocer la ilegalidad de la nulidad. De suerte que no es el caso de ratificar; se trata de saber si el auto vive o nó por haber sido provocado por personas que no tenían facultad para ello; se trata de saber si el juicio prospera o nó, y mal podría procederse como si hubiera prosperado.

Para concluir, critica el peticionario la providencia por no parecer firmada por la Sala plural, y hace este raciocinio: Si el auto que declara la quiebra tiene caracteres peculiares de sentencia, debe resolverse su apelación como si fuera sentencia, es decir, por la Sala plural.

Aparte de que ese auto no es la sentencia definitiva en el juicio de concurso de acreedores, el Art. 83, en relación con el 81 del C. J. no le atribuye a la Sala plural la facultad de fallar esta apelación, y de que tenga caracteres de sentencia no se sigue que deba fallarlo forzosamente la Sala plural; las sentencias en los juicios sumarios son definitivas y conoce de ellas la Sala unitaria correspondiente.

Dada la insistencia con que el señor Luciano considera la base del auto como un mero formulismo, hijo del latinismo, que quizá no se le pueda achacar demasiado al Magistrado que suscribe, será preciso repetirle que el problema contemplado en estos asuntos es de fondo; se ejercita una acción por quien no tiene facultad para hacerlo; o bien, para amoldarse a la terminología del peticionario, se quiere cumplir un deber por quien no tiene la petición.

A su turno, el Magistrado, considera que ha estudiado todos los puntos del reclamo, que deja este negocio en su ánimo una convicción honrada de acatamiento a la ley.

Por tanto, se niega la solicitud precedente.

Notifíquese y cópiese.

Fabio Gartner.

Luis E. Berrío, Srio.

NOTA.—Advertimos que lo anterior dice relación a algo

que bajo el título: «Nuevas Teorías sobre Quiebra» publicamos en el N.º 95.

Hemos hecho uso de nombres supuestos, en primer lugar, para que concuerde con el estudio de que hablamos, y en segundo lugar, por ser este un asunto hasta cierto punto privado y demasiado reciente.

MALANDANDANZAS DE UNA DEFINICION DE LA PROPIEDAD: EL "IUS ABUTENDI"

(Continuación)

En el número anterior libramos al Cuerpo de Derecho civil romano del falso testimonio que doctos e indoctos le han levantado, como si en él se definiera la propiedad: *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. Más aún: no hallamos el *ius abutendi* en la definición de egregios comentadores y romanistas antiguos y modernos de todas las escuelas y naciones. Falta ahora seguir la pista de los que realmente lo incluyeron, ora en la definición, ora en los elementos constitutivos o en los efectos del dominio.

Porque sin duda lo hubo. Ya vimos que Ortolán, en el siglo XIX, reparó en que eran muchos.

El belga Silvio, que en la primera mitad del siglo XVII profesó más de treinta años la teología en Douai, explicando su definición en que no entra el *ius abutendi*, escribe: «Algunos (*quidam*) definen el dominio diciendo que es el derecho y la potestad de usar y abusar de alguna cosa en cuanto lo permita la ley» (*ius ac potestas re quapiam utendi et abutendi, quatenus lege permittitur*). (1)

El francés Pothier, nos entera en sus *Pandectas*, impresas en el siglo XVIII, que comúnmente (*vulgo*) se define *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*. (2)

El alemán Förster, en un tratado especial sobre el dominio, impreso en el siglo XVII, asegura que los más de los modernos (*recentiores plerique*) enseñan que el dominio es el derecho, no solamente de usar, mas también de abusar de una cosa corporal y de enajenarla y vindicarla, en cuanto lo permite el derecho (3). Tres autores nombra como ciertos, y otro con un modesto parece (*videtur*). Este último es Cephalus; aquellos tres: Schenk, Harpprecht, Giphanius. No hemos podido ver a Schenk.

(1) *Francisci Sylvi. . . . commentarii in totam secundam secundae S. Tomae Aquinatis*. (Antuerpiae, 1697.) In q. 66, a I, quaeritur I, pág. 429.

(2) *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Tomus tertius. Nova editio. (Lugduni, 1782.) Pág. 99, col. 1ª.

(3) *Tractatus insignis ae Dominio*, a VALENTINO GUILLIELMO FÖRSTERO, J. C. Vittebergae, M.DC.LVIII. Pág. 14.

Harpprecht tiene esa definición por excelente (*mihi perfectissima optimaque videtur*). Mas Giphanius, en la edición que hemos consultado, no menciona el *ius abutendi*, como puede verse en su definición, alegada en castellano en el número anterior y que damos aquí en latín: *ius re corporali liberi utendi, eamque et alienandi et vindicandi* (1). Lo curioso es que Harpprecht dice que Jacobus Schegkius tomó de Giphanius la definición del *ius abutendi*. Si este Schegkius es Schenk, como pensamos, no pudo tomarla de la edición que nos ha sido dado consultar.

Como quiera que sea, hubo romanistas que mencionaron el *ius abutendi*. Bien que con esta verdad no desaparece toda duda. ¿Qué significado atribuyeron a *abutendi*? ¿La usual del verbo *abusar* en las lenguas romances, esto es, hacer mal barato de una cosa, desperdiciarla, dilapidarla, todo, en suma, lo que puede comprenderse en el *abuso*, en el *uso vicioso*? No y sí. Al decir del teólogo belga referido, los que definen el dominio por el derecho de *abusar*, dan a este vocablo, no la significación que «suele dársele», sino otra «muy diferente», a saber: la de *consumir*. Este sentido parece tener en la definición que trae Kahl en su *Diccionario jurídico: derecho y potestad, así de usar como de abusar de alguna cosa, en cuanto lo permite el Derecho civil*. Luego añade que la diferencia entre el usufructo y el sólido dominio consiste en que *usus in usufructu est, non abusus*, por donde da a entender que este *abusus* (cuya explicación daremos más adelante) es el *abutendi* de la definición (2).

Ortolán, aun reconociendo que la definición *ius utendi, fruendi et abutendi*, etc., no pertenece al derecho ni a los juriscónsultos romanos, todavía cuenta el *ius abutendi* entre los diferentes derechos incluidos en el dominio, pero lo explica de este modo: *el derecho de disponer de la cosa, ya enajenándola o ya aún destruyéndola*, y advierte que en latín *abusus* llevaba consigo la idea de un uso que destruyese y consumiese la cosa, mas no la de un uso immoderado (3). Pellat, en la nota a Marezoll, mencionada en el número anterior, explica el *ius abutendi* como derecho de hacer un uso definitivo, que no es, como el uso y el disfrute expresados por las dicciones *uti* y *frui*, capaz de renovarse, de repetirse (4). Más explícitos son todavía los Sres. Rada y Delgado. Después de definir el dominio *la facultad de poseer, de aprovecharnos exclusivamente y de disponer de una cosa corporal, a no ser que lo impida la ley, la voluntad del testador o alguna convención*, añaden: «Los elementos constitutivos del

(1) D. Huberti Giphanii IC. praestantissimi. *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Justiniani Principis commentarius absolutissimus*. (Argentorati, 1611.) 2ª. edición, pág. 137.

(2) *Lexicon iuridicum iuris caesarei simul, et canonici...* Studio et opera Johannis Calvini, alias Kahl. Coloniae, M.DC.XXII. Pág. 301.

(3) *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Traducción de D. FRANCISCO PÉREZ DE ANAYA Y D. MELQUIADES PÉREZ RIVAS. Tomo I, páginas 298-299.

(4) *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des romains*. Seconde édition. Págs. 233-234.

dominio, que es el derecho más absoluto que podemos tener sobre las cosas, puede decirse que son cuatro: el derecho de *usar* (*ius utendi*); el de *disfrutar*, o sea percibir los frutos (*ius fruendi*); el de *reivindicar*, o sea el de recuperarlas cuando están en poder de un detentador (*ius vindicandi*); y, por último, el de *abusar*, o sea el de destruir la cosa de una manera definitiva (*ius abutendi*). Debemos advertir que la palabra *abusar* no tenía entre los romanos la significación que en nuestro idioma, pues con ella no querían significar la destrucción caprichosa y estéril de un objeto, sino el consumo definitivo y justificado que de él se hacía» (1).

Esta misma parece ser la opinión que se lee en la obra litografiada *Sumario de las explicaciones del profesor de la asignatura de Derecho romano de la Universidad Central, arregladas al programa del mismo por C. de la R., abogado; tomo II, segunda edición. Madrid, 1901*. En la lección 46 se dice: «Para los romanos era el dominio *plena in re potestas*.» «Potestad plena, amplia, absoluta, sin otra limitación que la que imponga la moral o las leyes» (pág. 452). Poco antes se reducen las facultades del dominio «a las que designaban los romanos con las frases: *ius fruendi, ius utendi* y *ius abutendi*». Pero la tercera, o el *ius abutendi*, la explica en esta forma: «La tercera, el de destruirla o consumirla cuando sea necesaria esta manera de uso para servirse o aprovecharse de ella» (pág. 445).

No piensa de otra suerte el profesor italiano Gasparolo, que de su definición *derecho de disponer de alguna cosa a voluntad con exclusión de los demás*, saca tres derechos: *ius retinendi, ius disponendi, ius excludendi*. El segundo es «el derecho de disponer de una cosa perfectamente, esto es, a voluntad, y de toda la utilidad de la cosa». A lo cual añade esta nota: «De ahí las palabras *uti, abuti* en los romanos.» A continuación advierte que *abuli* significa «la facultad de consumir la cosa»; «por lo cual—prosigue—algunos acusan de imperfecta aquella definición del dominio *ius utendi, fruendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*», como si en este punto mediase alguna diferencia esencial entre el uso y el abuso, siendo así, por el contrario, que el abuso no es sino el uso hasta la consumación» (2).

A no ceñirnos a las obras de Derecho romano, podríamos extender a otras la investigación; pero no nos parece bien omitir esta cita de un autor de Derecho civil español:

«El DOMINIO puede decirse que es la manifestación más enérgica, la manifestación por excelencia del *Derecho real*. *Plena in re potestas* le definía elegantemente el Derecho romano, y, en efecto, no otra cosa es el *Dominio* que el poder *absoluto, omnimodo en nuestras cosas, pero racional e inteligente*.

»Los romanos completaban su definición señalando cuáles eran los derechos en el dominio contenidos como elementos in-

(1) *Elementos de Derecho romano...*, por los doctores D. JUAN DE DIOS Y DON FABIO DE LA RADA Y DELGADO. Madrid, 1886. págs. 98-99.

(2) FRANCISCUS GASPAROLO: *Ius civili romanum*, volumen III. Senis, 1902, página 2.

tegrantes de su existencia, con la denominación de *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*, derecho a usar de la cosa en toda su extensión, de gozar cuanto la cosa produjera, y de consumirla y destruirla en caso necesario.

»Los modernos tratadistas han impugnado la teoría romana, fundándose en que el *abuso* no puede jamás constituir un derecho ni racional ni positivo, sin tener en cuenta que la palabra *abutendi* no significaba entre los romanos lo que quieren hacerla significar los tratadistas; no, era, como éstos dicen, el derecho de incendiar la cosa que estaba en el dominio; era el derecho de disfrutar de ella en toda la extensión de la cosa misma, de consumirla, de destruirla, cuando esto era necesario para que la cosa en cuestión realizase su objeto» (1).

Nadie se equivoque pensando que los tres derechos enumerados por el Sr. Fernández Elías se reseñen como efectos del dominio en algún texto del Derecho civil romano. *Ius utendi fruendi* se halla en sus propios términos, v. gr., en la definición del usufructo; pero la expresión *ius abutendi* no sabemos que hasta hora nadie la haya podido comprobar.

En suma, hasta aquí ni el más esquilimoso tiene motivo de hacer aspavientos contra la «vieja fórmula del Derecho romano», que dijo uno de los más calificados voceros de la concentración democrática. ¿Lo habrá para enojarse contra otros tratadistas que no eximieron el vocablo latino de la escoria que en las lenguas romances se pega a *abusar*?

Porque, efectivamente, con tanta latitud interpretaron algunos el *ius abutendi* por ellos fabricado, que lo entendieron del uso vicioso. Nadie, que sepamos, más crudo que Hotman. «El dominio en derecho civil es doble: uno, ilimitado (*infinitum*), que consiste en el derecho de usar y abusar de alguna cosa, esto es, de disipar, de perder, de dilapidar a su arbitrio; otro, limitado (*finitum*), que es un derecho circunscrito por ciertas leyes, y aun a veces en tan estrechos términos, que parece casi inane y mudo, como cuando el heredero fiduciario no tiene derecho de enajenar *ultra quadrantem*» (2). Mas en otra obra define el dominio: *plena potestad de disponer de una cosa a su arbitrio* (3).

Muy pagado estaba Harpprecht, como vimos, de su definición, a saber: *derecho, no sólo de usar, sino también de abusar de una cosa corporal, de enajenar y vindicarla, en cuanto el derecho lo permite*. Funda esta cortapisa en que «no es lícito al dueño usar mal de su cosa» (4), con lo cual parece que no habría de entender *abusar* por *usar mal*. Con todo eso, en otra parte, sentando como principio que cada cual es «moderador y árbitro de

(1) *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español...*, por el doctor D. CLEMENTE FERNÁNDEZ ELÍAS. Madrid, 1873. págs. 396-397.

(2) *Disputatio de Feudis*, cap. XXX. (Francisci Hotmani iuriconsulti operum, tomus secundus, M.D.XCIX, col. 874.)

(3) *Consilia*. Cons. CXII, n. 16. (*Ibid.*, col. 542.)

(4) *Johannis Harpprechtii iuriconsulti commentarius ad Instituta*, editio tertia (Francofurti ad Moenum, 1708), tomo II, págs. 284-285.

sus propias cosas, aun *abusando*», saca esta consecuencia: «por tanto, si bien importa a la república que no haya quien use mal de su cosa, de ahí no se infiere no ser lícito de ningún modo usar mal en la cosa propia» (1). Los romanistas echarán de ver que aquella salvedad de la república no la forjó de su cabeza Harpprecht, sino que la tomó de la *Instituta*, tit. VIII, § 2º., libro 1º.

Pothier, que en sus *Pandectas* definió el dominio: *ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*, en el tratado francés sobre la propiedad se expresó de este modo: «Ce droit de propriété, considéré par rapport á ses effets, doit se définir: le droit de disposer a son gré, d' une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d' autrui, ni aux lois: *Ius de re libere disponendi, ou Ius utendi et abutendi*» (2). Nada hay aquí de uso irracional, pero luego, entre los derechos del propietario, enumera expresamente el de usar mal.

El juriconsulto Cephalus, que en un lugar de sus *Consejos* o *Respuestas* aprueba la definición de Bártolo, en otro, hablando a distinto propósito, escribe que «cada cual es en sus cosas moderador y árbitro, y esto aun *abusando*», dando a la palabra mal sentido, como se colige de las leyes que alega en confirmación (3). Por esto le pareció a Förster que podía juntarlo con los que definen el dominio por *ius abutendi*.

El profesor de Derecho cesáreo en Padua, Santiago Menochio, definía el dominio: *plena propiedad de enajenar y propiedad de disponer a voluntad*; mas de esta libre disposición deducía que el dueño podía arrojar al mar su cosa, bien que añadía dos excepciones: cuando el Derecho lo prohibía o cuando se seguía perjuicio de tercero (4). Esta doctrina de Menochio la menciona Förster sin reprobarla, mas él tampoco incluye el *ius abutendi* en su definición, que dice así: *Ius patrimonii, rei dominandi* (5). *Patrimonio* dice para hacer constar que se trata del dominio privado.

Entre los autores más modernos, van Wetter escribe: «Ciertamente el derecho del propietario puede llegar hasta el abuso, pero ésta no es una razón para que se defina la propiedad, como lo hacían los antiguos intérpretes, *ius utendi, fruendi et abutendi*; el abuso está comprendido en el derecho ilimitado de usar: no necesita, pues, de una mención especial» (6).

No disiente de esta doctrina Girard, en cuyo *Manual* se lee:

(1) *Idem*, tomo III, pág. 265.

(2) *Traité du droit de domaine de propriété*. Première partie, chapitre premier. (*Œuvres*, tomo IX, pág. 103. Paris, 1846.)

(3) *Johannis Cephalii Ferrariensis, IC. clarissimi. conciliorum sive responsorum iuris libri quinque* (Francoforti, M.DC.XXIV). Cons. 35, n. 42, tomo I, página 102, col. 2ª.—Cons. 307, n. 84, tomo III, págs. 48-49.

(4) *Consiliorum sive responsorum*, D. IACOBI MENOCHII: Liber octavus. Venetiis, MDCIX. Consil. DCCCXCVI, n. 5 (págs. 326-327). Cons. DCCXCVIII, números 1-4 (pág. 310). *Ibid.*, n. 8 (pág. 310). Liber tertius, fol. 99 v., Cons. CCXXVI, n. 50, nn. 4-6.

(5) *Tractatus insignis de Dominio*, págs. 374-376; págs. 16-17.

(6) *Curso elemental de Derecho romano*, por P. VAN etc.

La propiedad «es la dominación completa y exclusiva de una persona sobre una cosa corporal (*plena in re potestas*)... Nuestros antiguos autores analizaban sus efectos en los tres derechos de usar, disfrutar y disponer (*uti, frui, abuti*). Puede añadirse que el derecho del propietario de obrar a su talento implica también el de no obrar, el de descuidar la cosa, de dejarla perecer o deteriorar por falta de cuidados. La propiedad es en todos estos aspectos el derecho más absoluto que puede tener el hombre sobre una cosa; pero, con todo eso, aun en Roma este derecho no es, por más que a veces se haya afirmado, un derecho ilimitado; comporta restricciones aun en Roma y en la época más remota» (1).

En conclusión, varios romanistas, desde la segunda mitad del siglo XVI admitieron explícitamente el derecho de abusar o usar mal. Esto no obstante, no los condenamos de ligero. Ya se ha visto que Harpprecht protesta con las mismas *Instituciones* de Justiniano ser de importancia para la república que nadie use mal de su propiedad. Menochio y Förster ponen restricciones, y Girard nos avisa que aun en tiempos más remotos las estableció el Derecho romano. Pothier, después de reconocer el derecho de usar mal, juzga reo de considerable injusticia para con el público el comerciante que en tiempo de carestía, en expectación del alza de los precios, deja pudrirse una gran cantidad de trigo, porque «la ley natural no permite dejar perder una mercancía de primera necesidad en perjuicio del público que la necesita» (2).

¿Qué entendían, pues, por *derecho* cuando de abuso se trataba? Sencillamente, la ausencia de responsabilidad civil, si la ley no prohibía o castigaba el uso inmoderado, mas no la ausencia de responsabilidad moral y social. De ahí la restricción *en cuanto la ley lo permite, o en cuanto lo sufre la razón de derecho, o en cuanto lo permite el derecho, o en cuanto lo permite el derecho civil, o también si la ley no lo prohíbe*. Esta ley, como se colige de sus evidentes explicaciones, no era la ley natural además de la civil, según alguien ha supuesto, sino simplemente la civil. Consideraban las facultades del propietario según el derecho civil, sin pretender que cuanto éste permitía fuese por el mismo caso honesto. ¿Cómo habían de pretenderlo cuando el mismo Derecho romano les enseñaba lo contrario? ¿Pues no hay en el *Digesto* una regla de derecho, la 144, que avisa: «No todo lo que es lícito, es honesto»? Esto es, conforme a la declaración de los comentadores: no todo lo que la ley civil permite o no castiga, es honesto. ¿Se reprobará que la ley humana no castigue todos los abusos? Pues repruébese a San Agustín, porque disputando sobre el libre albedrío, halló razonable que la ley civil concediese y dejase impunes muchas cosas que castiga la divina providencia (3). Repruébese a Santo Tomás, que escribió: «como la ley humana se establece para la multitud de los hombres, cuya mayor parte se compone de los que no son perfec-

(1) *Manuel élémentaire de Droit romain*, par PAUL FRÉDÉRIC GIRARD. Cinquième édition. Paris, 1911, pág. 255.

(2) *Traité du droit de domaine de propriété*. (*Ceuvres*, tomo IX, pág. 107.)

(3) *De libero arbitrio*, lib. I, c. V. (Migne, 32, 1228, n. 13.)

tos en la virtud, por eso en la ley humana no se prohíben todos los vicios, de que se abstienen los virtuosos; sino sólo los más graves, de los que es posible se retraiga la mayor parte de la multitud, y principalmente los que redundan en daño de otros, sin cuya prohibición no podrá conservarse la sociedad, como se prohíbe por la ley humana los homicidios, robos y semejantes» (1). No en vano distinguió el mismo San Agustín entre lo lícito por el derecho del foro y lo lícito por el derecho del cielo (*iure fori, iure poli*) (2).

(Continuará).

NOTAS

POR LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.

El Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia
CONSIDERANDO:

1º Que la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de nombrar como Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín a los señores doctor Juan Evangelista Martínez, doctor G. Gómez Z. y doctor Ricardo Estrada, a pesar de figurar dichos juriconsultos en lugar sobresaliente en las ternas formadas por la Asamblea Departamental;

2º Que dichos señores han desempeñado con rectitud y capacidad singulares sus funciones de Magistrados del Tribunal de Medellín;

3º. Que teniendo en cuenta las personas favorecidas en lugar de los mencionados Magistrados salientes, el cambio es desfavorable para la buena administración de justicia:

RESUELVE:

1º. Lamentar profundamente la separación del Poder Judicial de los competentes Magistrados señores doctor Juan E. Martínez, doctor Gonzalo Gómez Z. y doctor Ricardo Estrada;

2º. Hacer sinceros votos por que el Poder Judicial recupere la independencia y respetabilidad que tan necesarias le son para cumplir debidamente la delicada misión que le está encomendada.

La presente proposición será comunicada a los señores Martínez, Gómez Z. y Estrada y publicada en «Estudios de Derecho» y en la prensa de la ciudad.

Medellín, 11 de Julio de 1923.

El Presidente,

MANUEL M. CHAVARRIAGA.

El Secretario,

ALFONSO MEJÍA MONTOYA.

(1) 1-2, 96, 2c. Traducción de Abad de Aparicio.

(2) *Sermo* 355. (Migne, 39, 1572, n. 5.)