

embargo, el absolvente al responder el postulado 19º, dice: «les pagué en la casa de mis acreedoras; les pagué en monedas y billetes, recuerdo que había un billete de diez pesos; . . . . .».

A juicio del Tribunal Superior las múltiples, contradictorias y flagrantes confesiones del absolvente, no son explicadas, ellas carecen de valor jurídico, o cuando menos alcanzan los honores de simples indicios.

Medellín, Noviembre de 1923.

I. A. M.

## MALANDANZAS DE UNA DEFINICIÓN DE LA PROPIEDAD: EL «IUS ABUTENDI»

(Conclusión)

Con lo dicho se responde al argumento de quien cohonestaba la atribución del *ius abutendi* al Derecho romano, en cuanto éste contiene, si no la expresión, a lo menos el concepto. El fundamento de esta opinión es, sin duda, la tolerancia de ciertos abusos de la propiedad que ahora recordábamos. Mas si esta razón tuviese fuerza, valdría igualmente contra todas las legislaciones habidas y por haber, pues no hubo, ni hay, ni habrá ninguna que exija responsabilidad civil o criminal por todos y cualesquiera abusos de la propiedad, y en consecuencia a todas habríamos de achacar el *ius abutendi*. Sea como fuere, se falta a la verdad diciendo que el Derecho romano definió así el dominio, o que ésa fue la «fórmula» que empleó. No nos importa ahora averiguar ni exponer el concepto jurídico de la propiedad en las diversas fases de la historia romana antigua, mucho menos vindicarlo o reprobarlo; nuestro único intento es poner en claro si esa expresión tan zarandeada es o no «vieja fórmula» o definición del Derecho romano.

Todavía resta por dilucidar un punto importante. ¿Cuál fue la verdadera acepción de *abutendi*, y lo propio se diga de *abusus*, en la lengua romana, sobre todo la jurídica? Si algunos lectores no aprendieron latín, han de saber que *abutendi* es el gerundio de un verbo cuyo infinitivo es *abuti*, compuesto de la preposición *ab* y *uti* (usar). *Ab* (a delante de ciertas consonantes) en composición con otras palabras enuncia la idea fundamental de *separación*, como también sus afines *apa* en el antiguo idioma indio, *arò* en griego, *af* en la lengua gótica (1). De esa idea fundamental provienen más o menos otras varias. En latín podemos reducirlas a *separación*, *privación* o *negación*, *consumación*. SEPARACION: *abire*, salir, marcharse (*ire*, ir); *abducere*, llevar fuera, sacar (*ducere*, llevar). PRIVACION O NEGACION: *Amens*, sin mente,

(1) Brugmann und Delbrück. *Grundriss der vergleichenden Grammatik der indogermanischen Sprachen*. III. *Syntax*. 1 Teil; págs. 666 668.

loco (*mens*, mente); *avius*, sin camino, extraviado (*via*, camino); *abdicere*, rehusar, negar (*dicere*, decir). CONSUMACION: *absorbere*, absorber, devorar, consumir (*sorbere*, sorber).

Las ideas de negación y consumación fácilmente dan pie a viciar el sentido del compuesto; así *absumo* no significa tan sólo consumir, sino también consumir inútilmente, destruir, arruinar. Lo mismo sucede a *abuti*, que unas veces significa emplear o usar, otras consumir, otras usar mal, *abusar*; todo lo cual se comprueba con muchos testimonios que pueden leerse en el *Lexicon*, de Forcellini, y sobre todo en el *Thesaurus linguae latinae* que está publicando Teubner en Leipzig. Tócanos a nosotros comprobar el empleo del vocablo en el Cuerpo de Derecho civil romano.

*Uso vicioso*. La ley 25, § II, título 3.º, libro V del *Digesto*, contiene este inciso: *dum re sua abuti putat* (pensando *abusar* de cosa suya) refiriéndose al poseedor de buena fe contra el cual se intenta la petición de herencia. El Senado, según el juriconsulto Ulpiano, quiso que los poseedores de buena fe sólo fuesen obligados a restituir en cuanto se hubiesen hecho más ricos. De consiguiente, si dilapidaron los frutos de la herencia, creyendo de buena fe *abusar* de cosa suya, no estaban obligados a la prestación de culpa. Ya se ve que con este retazo, aunque expresa uso vicioso, no se podía fabricar el *derecho* de la «vieja fórmula».

*Uso recto*. Al contrario, el verbo *abuti* tiene buen sentido en la Constitución 2.ª, tit. 12, lib. V del *Código*, donde se otorga a la mujer del marido caído en la indigencia el derecho de consumir (*abutatur*) los frutos de sus bienes dotales para mantenerse a sí, a su marido y a los hijos, si los tuviere.

Este sentido de *consumir* es más frecuente con el sustantivo *abusus*, cabalmente tratándose del usufructo. Distingue el Derecho romano entre las cosas que se pueden usar sin consumirse y las que sólo consumiéndose admiten usos provechosos, como el pan, el vino, el aceite, etcétera. Usufructo era el *derecho de usar de cosas ajenas y percibir sus frutos, salva la substancia*: definición que de Paulo tomaron el *Digesto* y la *Instituta*, pero cuyo concepto era muy anterior. De ahí se deducía que, hablando en rigor, no podía darse usufructo de las cosas que se consumen con el uso, pues era imposible conservar íntegra la sustancia para restituirla al propietario. Este consumo lo significaba el derecho con la palabra *abusus*, a diferencia del *usus*, que no alteraba la sustancia.

Clásico es el lugar de Cicerón, quien en sus *Tópicos* propone como ejemplo de argumento *ex contrario* el siguiente: «La mujer a quien el marido legó el usufructo de sus bienes, dejando llenas de vino y aceites las despensas, no ha de pensar que esto le pertenezca, porque le dejó el *uso*, no el *abuso*, que son cosas entre sí contrarias» (1). Explicando este lugar, escribe Boecio: «no puede darse *uso* de aquellas cosas que usándolas perecen, sino antes bien *abuso*» (2).

(1) *Topica*, c. 4. n. 4. *Usus enim non abusus legatus est.*

(2) *In Topica Ciceronis commentaria*, lib. III. (Migne, 64, 1.º86 D.)

Este mismo sentido de *consumir* tiene *abusus* en varios lugares del *Digesto* que citamos en nota (1). Mas en otra ley parece que *usus* y *abusus* se oponen, como advierte Brisson (2), de modo que aquél se refiera a la necesidad y éste indique un uso más amplio que el estrictamente necesario. Tal es la ley 12, § 1, tit. 8.º, lib. VII del *Digesto*, donde al que tiene sólo el uso se le reconoce la facultad de aprovecharse del huerto, frutos, verduras, flores y agua para el uso cotidiano, mas no para el lucro («non usque ad compendium, sed ad usum, sc. non usque ad abusum»). Esto es, dice Dionisio Godefroy, no de modo que lo venda, pues vender es abusar (*abuti*), y la venta, abuso (*abusus*).

Del Derecho civil romano pasó la acepción de consumir al Derecho canónico. Juan XXII, en la extravagante *Ad conditorem* título de *verborum significatione*: «Si bien en las cosas que se consumen con el uso no se puede constituir ni tener el derecho de usar, ni el mismo usar, pero sí se podrá el *derecho de abusar*. *Abusar* (cuando se trata de cosas que se consumen con el uso) tórnase por *consumo* de la cosa, que se opone a lo que es *usar*; ciertamente, usar presupone que con el uso permanece salva la sustancia de la cosa; pero abusar, exige que con el acto tal sustancia de la cosa se consuma».

El eco de la doctrina del Cuerpo del Derecho civil romano repercute en innumerables comentadores, tanto, que primero agotaríamos la paciencia de los lectores que sus textos. Mas entresacar alguno que otro para comprobación, no será inoportuno. Donneau, en un largo comentario de la definición romana del usufructo, escribe: «*Son contrarios entre sí el uso y el abuso*; por lo cual, si a alguno se concedió el derecho de usar separado de la propiedad, no tiene ese tal el derecho de abusar, que es contrario. Ahora bien: el que usa de tal suerte que quite asimismo las causas de usar, quitando la sustancia de la cosa, ya consumiéndola, ya transformándola, *abusa de la cosa, no usa*. Por esto dicen los nuestros que las cosas que se consumen con el uso consisten en el abuso. De consiguiente, con la expresión *utendi fruendi* (usar, gozar) se entiende descartada esta misma consumición y transformación de la sustancia como cosa contraria, y una

(1) L. 5, § 1, tit. 5.º, lib. VII: «Si pecuniae sit usufructus legatus, vel alienarum rerum quae in *abuso* consistunt, nec cautio interveniat, videndum finito usufructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res quae in *absuntione* sunt, condici possint». Nótese la identidad de significado en *abuso* y *absuntione*.—*Ibid.*, § 2: «Quae in usufructu pecuniae diximus, vel ceterarum rerum quae sunt in *abuso*, eadem et in *usu* dicenda sunt».—L. 11, § 2, tit. 2.º, lib. 12: «Sed si rerum in quibus usufructus propter *abusum* constitui non potest». Sobre estas palabras dice Godefroy: «Ususfructus verus non constituitur in rebus quae *abusu* consumuntur». Cf. DIRKSEN, *Manuale latinatis fontium iuris civilis romanorum*. Berolinæ, 1837.

(2) Barnabae Brissonii, *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione opera studioque rº. Gottliebii Heineci I, IC* (Halae Magdeburgicae, 1743), tomo 1.º: página 12.

vez descartada, se sigue necesariamente que en el usufructo de usar, gozar (*utendi fruendi*) ha de permanecer salva la sustancia de las cosas» (1).

Cujas, uno de los más eminentes jurisconsultos del siglo XVI: «El usufructo es ciertamente el derecho de usar, gozar de una cosa ajena que no consista en el abuso, esto es, que no perezca usándola; porque en las cosas que con el uso perecen, como el vino, el aceite, el trigo, no hay usufructo; *hay abuso, no uso*» (2).

Breve y nervosamente Heinecke al declarar la definición del usufructo en la *Instituta*: «Se ha de usar, gozar, *salva la sustancia de las cosas*, porque, de lo contrario, *no sería usufructo, sino uso*». Igualmente, al explicar la misma definición en las *Pandectas*, deriva de ella este tercer axioma: «(El usufructuario) *ha de usar y gozar, no abusar*» (3).

El jurisconsulto francés Connan, ya en la primera mitad del siglo XVI apelaba a la etimología, al uso de los autores latinos, y a la comparación con la lengua francesa para explicar el sentido de *abuti* (4). Pero tal vez sea más interesante la explicación de un autor moderno, ya nombrado, que si niega la paternidad romana de la definición *ius abutendi*, comprende explícitamente este derecho entre los del propietario. Dice, pues, Ortolán, enumerando los principales derechos del dominio, aquellos a los que pueden referirse la mayor parte de los demás:

«*Ius utendi*, es decir, el derecho de hacer de la cosa todo el uso que sea posible, y de obtener de ella todos los servicios de que sea capaz; *ius fruendi*, el derecho de percibir, no todos los productos y creces, sino todos los frutos que produce; *ius abu-*

(1) Hug Donelli, *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo* (Francofurti, anno M.DC.XXVI), tomo 1, pag. 483.

(2) *Recitationes in libros IV priores Codicis Justiniani, ad titulum XXXIII*. Jacobi Cujacij, J. C. operum, tomus decimus, col. 939. Neapoli, M.DCC.XXII.

(3) *Operum*, tomo 1, pag. 97; tomo 11, pag. 167.

(4) Hablando de las cosas que se consumen con el uso, como vino, aceite, trigo, dinero, dice: «His enim rebus uti non possumus, abuti possumus. Est autem abuti, multum, et plusquam fert rei natura, uti, Idque propria etiam verbi significatione. Nam *ab*, praepositio verbis adiuncta, quae auferendi vim habent, mirum quantum augeat, ut abjicere, abhorrere, absumere, plus aliquanto significant, quam ea a quibus descendunt verba. Sic utitur, qui sumit: abutitur, qui absumit. Cato, *De re rustica*: *linito usque adeo, donec omnem caseum cum melle abusus eris*. Et Plautus: *mihî hoc argentum alibi abutar*, id est consumam. Qua significatione lingua nostra gallica *utendi* verbum usurpartur: vestem enim et rem quamlibet, aut usu aut tempore consumptam, vel attritam, usam esse dicimus. Quare in his rebus, quae sine consumptione sui, usum nullum praestant usufructus proprie nequit constitui. Nec eum veteres usufructum: sed *abusum* appellarunt. (*Commentariorum Iuris Civilis* lib. IV, cap. IV, *De usufructu earum rerum quae usu consumuntur*. Edición de Hannóver, 1609, pag. 284).

tendi, el derecho de disponer de ella, ya enajenándola o ya aún destruyéndola; por último, el derecho, que viene a ser una sanción de todos los demás, de reivindicarla de manos de cualquier detentador.

Así, el propietario de una casa puede habitarla, *ius utendi*; alquilarla y percibir sus rentas, *ius fruendi*; venderla, hacer donación de ella, demolerla, *ius abutendi*; reclamarla en justicia de cualquier detentador, *ius vindicandi*.

«Es preciso no atribuir en el lenguaje del Derecho romano a la palabra *abuti* la idea que expresa en la mayor parte de las lenguas modernas, esto es, de un uso inmoderado, opuesto a la razón y vituperable. *Abuti*, por su descomposición etimológica (*ab*, partícula privativa, y *uti*, usar), designa un uso de tal cosa, que hace cesar y que destruye su uso. Tal es el efecto de la enajenación y del consumo de la cosa» (1).

Supuesto, pues, que los vocablos *abuti* y *abusus* no llevan ingénilo ningún vicio, antes bien, cuando se oponen al usufructo significan en derecho romano la facultad de consumir, transformar o enajenar la sustancia misma de la cosa propia, ¿qué pecado fue el de aquellos romanistas que para oponer a la definición romana del usufructo otra paralela del dominio echaron mano del *ius abutendi* como diferencia específica opuesta a *salva rerum substantia*? Cotéjense las dos definiciones, la del usufructo, ciertamente romana, y la del dominio, propia de los comentaristas:

*Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia.*

*Dominium est ius re sua utendi fruendi abutendi, quatenus lege permittitur.*

Pero aun aquellos que incluyeron en *abutendi* el derecho de abusar, de usar mal, podrían replicar que no consideraban la acción mala como honesta, sino simplemente como no prohibida ni castigada por la ley civil, que por esto añadían, *quatenus lege permittitur*.

A este propósito se nos ocurre una observación que manifiesta cuán vario es a veces el sentir de diversos autores sobre un mismo texto. No menos que la supuesta definición del Derecho romano se impugna la del Código napoleónico, tan volteada por Proudhon. No nos incumbe ni defenderla, ni condenarla, ni discutirla; pero es oportuno recordar que en *Les Codes français annotés par MM. A. F. Teulet, D'Auvilliers et Sulpicy* (París, 156-57), se comenta con esta anotación el célebre artículo 544, en que se da la incriminada definición de la propiedad:

«Chacun a le droit d'user, comme il lui plaît, de ce qui lui appartient, mais sous les modifications établies par les lois, ainsi que l'énonce l'art. 537. Nul n'a le droit d'en faire abus dans le sens que l'on est porté naturellement à donner à ce terme» (tomo I, página 135).

He aquí negado por respetables jurisconsultos franceses el derecho de abusar que se supone concedido en el artículo 544 del Código napoleónico.

(1) *Explicación histórica, etc.*, tomo I, pág. 298.

En el ánimo de muchos quedará todavía un escrúpulo. ¿Por qué llamar *derecho* a la potestad de *abusar* o usar mal? No hay derecho al mal. Esta objeción vituperosa solamente la propiedad del vocablo. Sea enhorabuena, pues ahora no es tiempo de ventilar esta cuestión. Condénese —si place— la impropiedad del vocablo, con tal que se entienda la verdad de la idea.

Lo cierto es que de lo expuesto en este número y en el precedente se sacan estas conclusiones que deshacen las alharacas usuales contra el Derecho romano:

1.<sup>a</sup> La «vieja fórmula del Derecho romano», que dijo el orador izquierdista, ni es vieja, ni es del Derecho romano.

2.<sup>a</sup> Ni como definición del dominio, ni de otro modo, se halla la expresión *ius abutendi* en ese derecho; antes bien, los comentaristas lo coligieron de diversas leyes que suponen exento de responsabilidad civil en ciertos casos al que usa mal de la cosa propia.

4.<sup>a</sup> Tal expresión se usó desde la segunda mitad del siglo XVI por varios intérpretes, ya en la definición del dominio, ya en la reseña de sus efectos o de sus elementos constitutivos.

5.<sup>a</sup> De estos comentaristas, unos le dieron buen sentido, apoyados en el uso romano de *abuti*, *abusos*, y sobre todo como diferencia específica del dominio respecto del usufructo; otros, aunque aceptaron también la acepción de uso inmoderado, por *derecho* no entendieron la *honestidad* del proceder, sino la *carencia de responsabilidad* civil o criminal cuando la ley humana no castigaba o prohibía el uso vicioso.

N. NOGUER

## DERECHOS DE LA MUJER

Me he ocupado, en diversas ocasiones por mis deberes de profesor y por mis sentimientos de justicia y equidad, de la capacidad civil de la mujer, en el derecho argentino. Algunas de mis proposiciones, sostenidas sin vacilación, en la cátedra y fuera de ella, han perdido su interés, gracias a la reforma de la ley —como ocurre con los derechos de la madre natural, tan sin razón desconocidos en nuestro código. Otras, son siempre de oportunidad, porque la ley mantiene su inflexible rigor. La evolución del derecho es lenta, ha sido siempre lenta, y me atrevería a pensar que así debe de ser para que los pasos sean seguros, en materia que tanto interesa al orden de la sociedad.

Para alcanzar algunos progresos en la legislación es menester del trabajo insensante de las ideas. Los romanos emplearon algunos siglos para pasar de la tosca obra de las XII Tablas al magnífico monumento legislativo de Justiniano. El jurista trabaja y espera; siempre, aún cuando sepa que no ha de recoger el fruto tardío, que otras manos levantarán.

Para mis discípulos, en primer término, a quienes sirvo de guía; para los estudios del derecho, en cuya obra colaboro modestamente; y, finalmente, para aquéllos que, no siendo ni una ni otra cosa, desean informarse en la cuestión, insistiré una vez más en tratar este tema.