

Emanuele Conte
y Marta Madero
(editores)

Entre hecho y derecho:
tener, poseer, usar,
en perspectiva histórica

MANANTIAL
Buenos Aires

Diseño de tapa: Eduardo Ruiz

Conte, Emanuele

Entre hecho y derecho : tener, poseer, usar, en perspectiva histórica /
Emanuele Conte y Marta Madero. - 1a ed. - Buenos Aires : Manantial, 2010.
160 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-500-139-8

1. Historia del Derecho. I. Marta Madero II. Título
CDD 340.9

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la Argentina

© 2010, Ediciones Manantial SRL
Avda. de Mayo 1365, 6° piso
(1085) Buenos Aires, Argentina
Tel: (54-11) 4383-7350 / 4383-6059
info@emanantial.com.ar
www.emanantial.com.ar

Derechos reservados

Prohibida la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Índice

Prólogo	9
De la consolidación política a la ficción jurídica: aproximaciones al léxico del uso, la posesión y la propiedad privada en la antigüedad griega, <i>Emiliano J. Buis</i>	13
Del derecho al hecho: uso y costumbre en pleitos y sentencias de la Castilla medieval, <i>Paola Miceli</i>	33
Poseer el uso. Perfiles objetivos y subjetivos de la costumbre en el derecho común, <i>Emanuele Conte</i>	53
Leonardo Lessius (1554-1623) y el valor normativo de <i>usus</i> y <i>consuetudo mercatorum</i> para la resolución de algunos casos de conciencia en torno de la compra de papeles de comercio, <i>Wim Decock</i>	75
Uso y abuso de la cosa: el pensamiento de Genovesi (1713-1769) y de Lampredi (1731-1793) en el tema de la propiedad, <i>Italo Birocchi</i>	95
<i>Sobre el ius in corpus</i> . En torno a una obra de Filippo Vassalli y al debate Francesco Carnelutti-Pio Fedele, <i>Marta Madero</i>	119
Derechos, justicia y territorio: asignación de derechos sobre ganado cimarrón en la justicia ordinaria santafesina (Gobernación del Río de la Plata, siglo XVII), <i>Darío G. Barrera</i>	135

Prólogo

Buenos Aires ha sido en septiembre de 2007 el lugar de encuentro de historiadores del derecho europeos y sudamericanos en torno a un tema central del derecho occidental: el mecanismo que reconoce a las personas el derecho de goce de las cosas.

Quien no conozca la complejidad de los sistemas jurídicos del Medioevo y de la Edad Moderna tiende a considerar esta relación bajo la figura de la propiedad, que el sentido común considera como el derecho real por excelencia. Pero la propiedad individual se afirmó como derecho real por excelencia gracias al reformismo del setecientos. Hasta entonces, en efecto, el *dominium* como “*ius utendi et abutendi*” estaba casi ausente del panorama de la práctica, en la cual triunfaban los derechos de uso sobre la cosa de otro, el goce condiviso, las alienaciones condicionadas y gravadas de reservas de uso de las cosas vendidas. Italo Birocchi presenta en su ensayo un ejemplo particular del debate reformista que tenía en su centro, precisamente, la propiedad como modelo antiguo, como institución natural, como instrumento de promoción del crecimiento económico. Era una discusión europea, particularmente importante porque en el Antiguo Régimen tanto como en la Edad Media la propiedad perfecta difícilmente podía ser encontrada, y las doctrinas económico-jurídicas del setecientos tuvieron importantes dificultades en imponerla como prototipo de todo derecho subjetivo.

Esta fragmentación del derecho real es un rasgo a veces olvidado de la civilización occidental, y representa una tradición que puede aparecer en ámbitos diversos, como por ejemplo en el debate entre Fedele, Carnelutti y Vassalli en torno al derecho al cuerpo del cónyuge, que algunos proponían leer en clave de derecho real limitado sobre la cosa de otro. El esquema, que en los años del fascismo Carnelutti había aplicado incluso al derecho laboral, estaba profundamente arraigado en la cultura medieval, como Filippo Vassalli había demostrado en el magistral estudio del que se ocupa el ensayo de Marta Madero.

Pero no sólo la fragmentación de la propiedad hacía esfumado el panorama de los derechos en la Edad Media y en el Antiguo Régimen, estaba también la articulación entre hecho y derecho, que se aplicaba a una serie infinita de situaciones. Del plano de la norma, con el binomio ley-costumbre, al de los contratos, con la eficacia de la voluntad manifestada de hecho, hasta la posesión, que puede ser considerada como la institución clave del derecho privado occidental. No sólo porque la dupla titularidad-posesión inviste todos los campos del derecho privado, insinuándose incluso en el derecho público cuando está en juego el ejercicio de hecho de una autoridad pública, sino también porque la racionalización de la relación entre hecho y derecho que se encuentra en el binomio propiedad-posesión se transforma en modelo, en esquema a través del cual la realidad del hecho produce efectos en el mundo abstracto del derecho.

El territorio de la posesión, con todas sus aplicaciones en el plano de la costumbre, de los derechos de crédito, del disfrute de bienes comunes, es por cierto particularmente apto al encuentro entre historiadores y juristas. La realidad de hecho, que es aquella en la que se ejerce el análisis histórico, encuentra lugar en esta abstracción abierta a la realidad que es la posesión, mientras que el derecho, que construye abstracciones, se nutre de la realidad histórica precisamente a través de la posesión.

Institución fascinante y multiforme, la posesión extiende sus aplicaciones hasta el campo de la producción de las normas jurídicas. El mecanismo mental medieval está en este campo alejado del moderno, y más aún del contemporáneo, dado que desde el siglo XVI se ha separado progresivamente el mundo del derecho privado del del derecho público. En derecho privado, el hecho produce efectos jurídicos determinando la adquisición de derechos por parte de sujetos privados: cuando el hecho de poseer se prolonga por un tiempo suficientemente largo, da lugar a un derecho real, de propiedad, de uso, de servidumbre. Para el derecho público de hoy, por el contrario, el comportamiento de hecho no puede dar lugar a una posesión, aun cuando puede contribuir a formar una costumbre.

La Edad Media había contaminado los dos sectores, aplicando la disciplina de la posesión incluso al «hacer» que determina la estabilización de una costumbre. Hablan de esto, con perspectivas diversas, Emanuele Conte, Paola Miceli, Darío Barraza y Wim Decock. La costumbre, en efecto, ha sido descrita como norma promulgada por la historia de un pueblo y ha fascinado, por esto, a generaciones de historiadores del derecho. Emanuele Conte recorre algunos de los perfiles de esta enfatización, que cruza motivos religiosos y nacionalistas entre los siglos XVII y XIX, con el fin de poner en evidencia las diversas funciones que asume la costumbre en la Edad Media, momento en el que ofrecía una base estable de derechos más que normas jurídicas generales. Esta función de instrumento de legitimación del uso de bienes, o de argumento al rechazo de las usurpaciones realizadas por la fuerza, es

analizada en el ensayo de Paola Miceli sobre la Castilla medieval, y retorna, adaptada a los lugares y los tiempos, en el trabajo de Darío Barrera, que delinea la trama de costumbre y derechos de uso en el derecho aplicado de la América colonial. Pero el cruce entre lo público y lo privado emerge también de la investigación sobre el mundo griego de Emiliano Buis, que confiere a las interrogaciones propuestas una amplia extensión temporal. Función de verdadera regla tiene, finalmente, la costumbre en el derecho comercial, que Wim Decock analiza en torno a la figura crucial de Léonard Lessius, quien en el cruce entre moral, teología y derecho reflexiona sobre una modernidad que se afirma en las reglas de interés, de transferencia de obligaciones, de circulación de la riqueza según nuevas formas.

El coloquio argentino, que ha reunido historiadores interesados en el derecho y juristas interesados en la historia, ha encontrado en el hecho, en el uso, en la posesión un tema de trabajo particularmente fructuoso, dado que es en el hecho donde la historia y el derecho se encuentran: las estructuras de poder que se consolidan a través de las dinámicas históricas hallan reconocimiento en el derecho cuando el hecho real encuentra la abstracción jurídica en el terreno a la vez concreto y abstracto que constituye la posesión. En torno a este punto de encuentro han trabajado historiadores de la doctrina jurídica y de la práctica de los tribunales, de la Antigüedad, de la Edad Media y de la Modernidad, estudiosos de Europa y de la América colonial. El fruto de estos trabajos se recoge en este libro y está destinado, al menos así lo esperamos, a estimular nuevas investigaciones y nuevos encuentros.

Nos resta agradecer a las instituciones y a las personas que han hecho posible este encuentro. Hemos tenido el apoyo de la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación Científica y Técnica, del Doctorat Européen d'Histoire, Anthropologie, Sociologie et Philosophie des Cultures Juridiques Européennes, del Centre d'Études des Normes Juridiques de la École des Hautes Études en Sciences Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, de la Università di Roma Tre, de la Embajada de Italia en Argentina y de la Universidad Nacional de General Sarmiento. Quisiéramos expresar nuestra particular gratitud al Consejero Fabrizio Marcelli, quien desde la Embajada de Italia ha apoyado la realización de dos coloquios sucesivos, y a Inés González Bombal, directora del Instituto de Ciencias de la Universidad Nacional de General Sarmiento, que, en sentido literal, ha promovido este libro a la existencia. El coloquio ha sido organizado en forma colectiva por todos los miembros del equipo de investigación en Historia del Derecho Medieval, conformado por Eleonora Cavazzini, Eleonora Dell'Elicine, Héctor Francisco, Paola Miceli, Alejandro Morin y Sebastián Provvidente. A ellos vaya nuestro vivo agradecimiento, así como al personal administrativo del Instituto de Ciencias de la Universidad Nacional de General Sarmiento, Romina Antognoni, María Inés Barone, Daiana Díaz, José Latasa y Emilia Romero.