

REMOTO ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN DE APROPIARSE EL  
ACREEDOR DE BIENES DEL DEUDOR O DE TOMARLOS EN  
PRENDA CONTRA LA VOLUNTAD DE ESTE (ARTÍCULOS 2392  
Y 2397 INCISO 2° DEL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO)

*REMOTE ORIGIN OF THE PROSCRIPTION OF THE APPROPRIATION BY THE  
CREDITOR OF THE PROPERTY OF THE DEBTOR, OR TAKING IT IN WARRANTY  
AGAINST THEIR WILL (ARTICLES 2392 AND 2397 SECOND PARAGRAPH  
OF THE CHILEAN CIVIL CODE)*

JENNY BARRA HURTADO<sup>1</sup>

RESUMEN

El repudio a los actos de apropiación ilegítima del acreedor sobre bienes del deudor, aunque aquel pudiera tener un interés patrimonial, arranca de principios éticos y religiosos que originaron reglas de derecho que sobreviven hasta hoy. Este trabajo tiene por objeto demostrar que las disposiciones de los artículos 2392 y 2397 inciso segundo del *Código Civil* Chileno, tienen un remotísimo origen que se pierde en el horizonte de la historia, que fue recogido en dicho *texto* por Andrés Bello. Estas prohibiciones se refieren a tres materias específicas: a) La de apropiarse el acreedor de bienes del deudor para pagarse de su crédito, contenida hoy en el inciso segundo del artículo 2397 del Código Civil Chileno; b) La de tomar en prenda el acreedor bienes del deudor para asegurar el pago de su crédito, contenida en el inciso primero del artículo 2392; y c) La de retener el acreedor bienes del deudor para asegurar el pago de su crédito, contenida en el Inciso segundo del artículo 2392.

Palabras clave: *Acreedor - deudor- apropiación - prenda - retención.*

ABSTRACT

The proscription of the illegitimate appropriation of the property of the debtor by the creditor, even if the latter could have a patrimonial interest, stems from ethical and religious principles that gave birth to legal rules that still exist today. This work aims to show that the rules contained in articles 2392 and 2397, second paragraph, of the Chilean Civil Code, have a remote origin lost in history, which was adopted in our Civil Code by Andrés Bello. These restrictions refer to three specific areas: a) The prohibition of appropriating the assets of the debtor to pay the debt, contained today in the second paragraph of article 2397 of the Chilean Civil Code; b) The prohibition of taking into warranty the assets of the debtor in order to ensure the payment of the debt, contained on the first paragraph of article 2392; and c) The prohibition for the creditor

---

<sup>1</sup> De la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano.

to retain assets of the debtor in order to ensure the payment of the debt, contained on the second paragraph of article 2392.

Keywords: *Creditor - Debtor - Appropriation - Warranty Garment - Sequestration.*

## 1. EL RESPETO AL SAGRADO DERECHO DE PROPIEDAD Y LA CARIDAD COMO FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN EN ESTUDIO

El amor fraternal y el carácter sagrado atribuido al derecho de propiedad parecen haber sido, desde la más lejana antigüedad, los fundamentos de la prohibición en estudio. El amor fraternal, porque fue mirado siempre como una virtud divina, exigible al poderoso respecto del débil, al rico respecto del pobre; al que había sido bendecido por los dioses respecto de quienes habían sido desfavorecidos. Este sentimiento fue recogido en los más antiguos códigos de que tenemos noticia, que exigen dar protección a las viudas y a los huérfanos, considerándoles personas desvalidas. La protección a los desamparados es tan antigua como la historia del Derecho. La encontramos expresada en el *Código de Hammurabi* (1780 A.C. aprox.) y hay buenas razones para suponer que la idea no fuese original de este rey babilónico, quien la habría recogido de los cuerpos legislativos que rigieron en las ciudades-estado sumerias, varios cientos de años anteriores a su reinado. La prohibición derivaba, probablemente, de la idea de que el acreedor era, por lo general, una persona de recursos y el deudor, una persona necesitada y desvalida.

De Babilonia, a través de los arameos, fueron reacogidas estas leyes por el pueblo judío, pasando a formar parte de las de Moisés. Las encontramos reproducidas en el *Deuteronomio*, Libro del Antiguo Testamento que reproduce preceptos de las leyes mosaicas que datan, aproximadamente, del año 1450 A.C., en los cuales se repudia la conducta del acreedor que se apropia de bienes del deudor para pagarse con ellos o para asegurar el pago de su crédito; y la del propietario de un inmueble que altera los linderos para ocupar el predio de su vecino.

En Grecia, la *Constitución* de Solón, aproximadamente del 600 A.C., fue más lejos. Para proteger a los deudores decretó la “exoneración”, que fue una abolición de todas las deudas e hipotecas públicas y privadas que gravaban los bienes y las personas; prohibía, además, desde allí en adelante, que las deudas fueran caucionadas con la libertad de las personas o que se pudieran ejercer apremios personales. Con todas estas medidas puso fin a la grave crisis económica y financiera que padecía la mayor parte de los atenienses, oprimidos por la aristocracia de los ricos denominados *eupátridas* (bien nacidos). Es probable, que estas medidas de protección, destinadas a favorecer a los más desamparados, se hayan aplicado en las colonias de la Magna Grecia y de ellas hayan pasado a los romanos, años más tarde.

En Roma, desde su fundación, se instituyó el reparto de las tierras. Rómulo dividió el territorio de la ciudad en tres porciones: una para cubrir las necesidades del culto y de los pontífices; otra para el Estado y la tercera para los ciudadanos. Esta última se subdividió a su vez en tres partes que fueron adjudicadas a las tribus fundadoras, cada una de las cuales estaba dividida en diez curias, a las que se dio posesión colectiva del suelo. Al parecer, fue el legendario rey Numa el que instituyó la propiedad individual de las tierras, repartiendo las asignadas colectivamente a las curias para entregar a

cada padre de familia un lote de superficie aproximada a media hectárea (dos yugadas o *iugerum*). Cada terreno era demarcado con linderos sagrados *res sacrae* afectados al Dios Término. La ceremonia de demarcación estaba a cargo de sacerdotes agrimensores y tenía carácter sagrado. Cumplida esta ceremonia, el suelo pasaba a ser cosa santa (*res sancta*); por lo cual el hecho de mover los linderos para ocupar parte de un terreno vecino constituía un sacrilegio y quien lo cometía era considerado maldito de los dioses, pudiendo cualquiera darle muerte impunemente. La propiedad demarcada constituía “dominio quirritario” y abarcaba todo lo que en ella introdujera el “pater familias”, lo que debió extender el concepto sagrado de la propiedad a los bienes muebles al ganado e incluso al dinero, englobados todos en el concepto de *pecunia*.

El derecho romano, atendido el carácter sagrado atribuido a la propiedad de las cosas, repudió, en general, la captura de prendas del deudor sin intervención de la justicia. Excepcionalmente, admitió la *pignoris capio* en algunos casos que mencionaré más adelante; pero el derecho romano justiniano la repudió sin excepciones y este rechazo aparece recogido en el *Fuero Juzgo* y en la legislación hispana posterior, de donde pasó al derecho patrio chileno y se mantiene en los preceptos del *Código Civil*, desde su promulgación.

## 2. PROHIBICIÓN QUE ESTABLECE EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 2392 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El texto de este inciso, que no ha sido modificado desde la promulgación del *Código Civil*, es el siguiente: “*No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia*”.

En esta norma, el legislador chileno, recogió el ancestral repudio hacia esta clase de actos. El connotado jurista chileno don Valentín Letelier hace suyo el rechazo a la conducta prohibida por la norma transcrita diciendo: “...*Es la verdad que el sentimiento jurídico se irrita contra el acreedor despiadado que pone la mano sobre el hogar del deudor inculpable...*”<sup>2</sup>.

Este inciso, al prohibir en forma expresa al acreedor tomar prenda al deudor contra su voluntad; se lo permite si lo hace “por ministerio de la justicia”. En realidad, lo que trata de impedir es que el acreedor se haga justicia por sí mismo. Por mediación de la justicia puede obtener que se le entreguen en “*prenda pretoria*” bienes muebles o raíces embargados al deudor que, puestos a remate no hayan podido venderse en un precio equivalente a dos tercios de su avalúo (art. 500 N° 3 del *Código de Procedimiento Civil* Chileno que en esta parte no ha tenido modificaciones desde su promulgación): “*Si puestos a remate los bienes embargados por los dos tercios del nuevo avalúo, hecho de conformidad al número 2° del artículo anterior, tampoco se presentan postores, podrá el acreedor pedir cualquiera de estas tres cosas, a su elección: 1a. Que se le adjudiquen los bienes por los dichos dos tercios; 2a. Que se pongan por tercera vez a remate, por el precio que el tribunal designe; y 3a. Que se le entreguen en prenda pretoria. Si la ejecución fuere en moneda extranjera, para hacer uso del derecho que confiere el número 1° del artículo anterior e igual número del presente artículo, el eje-*

<sup>2</sup> LETELIER, Valentín. “Proceso evolutivo de la codificación en Chile”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 1, año 1903. Secc. Derecho. Publicado Editorial Jurídica de Chile.

*cutante deberá hacer liquidar su crédito en moneda nacional, al tipo medio de cambio libre que certifique un Banco de la plaza”.*

En el derecho chileno esta “prenda pretoria” tiene la particularidad de ser la única “prenda” que puede recaer sobre inmuebles y, por la semejanza que tiene con el contrato de anticresis, regulado por los artículos 2435 al 2445 del Código Civil, se la ha denominado también “anticresis judicial”. El artículo 2445, precisamente, dispone: *“En cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, se tratará a lo prevenido en el Código de Enjuiciamiento”.* Pero esta sinonimia entre “prenda pretoria” y “anticresis” que regula el Código Civil debe recaer siempre sobre un bien raíz. Los legisladores del Código de Procedimiento Civil, que es posterior al Código Civil, extendieron la prenda pretoria a los bienes muebles.

La prenda pretoria se asemeja a la anticresis en cuanto ambas permiten al acreedor pagarse con los frutos producidos por bienes del deudor, permitiéndole renunciar en cualquier tiempo este derecho para exigir el pago de su crédito por otras vías. Tanto es la semejanza que el artículo 507 del *Código de Procedimiento Civil* dispone que, salvo lo dispuesto por los cuatro artículos que le preceden, la prenda pretoria queda sujeta a las normas del *Código Civil* que reglan la anticresis (Título XXXIX del Libro IV). Pero aparte de la diferencia que existe en los títulos que les dan origen, uno contractual y el otro judicial, hay otra que importa destacar: la anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada (art. 2438 del *Código Civil*) mientras la prenda pretoria constituída sobre bienes muebles –no la constituída sobre bienes raíces– confiere al acreedor los derechos y privilegios de un acreedor prendario (art. 507 inciso segundo del *C. de P. Civil*).

### 3. PROHIBICIÓN QUE ESTABLECE EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 2392 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES

Reza dicho precepto: *“No se podrá, retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan”.*

La norma transcrita prohíbe al acreedor “retener” bienes del deudor que hayan estado en su posesión o mera tenencia, como ocurriría si retuviera la prenda que caucionaba el cumplimiento de una determinada obligación, después de pagada, a pretexto de que existir otra obligación no caucionada, a menos que el propio deudor lo consienta. Esta prohibición general, exceptúa “en los casos que las leyes expresamente designan”. Estos casos son el de la denominada “prenda tácita” y aquellos en que la ley otorga al acreedor el derecho legal de retención que resumo a continuación:

- a) El caso de la “prenda tácita” se encuentra contemplado en el artículo 2401 del *Código Civil* chileno y consiste en la autorización que el legislador concede al acreedor para retener la prenda *“... si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1º Que sean ciertos y líquidos; 2º Que se hayan contraído después de la obligación para la cual se haya constituido la prenda; 3º Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior”.* Atendido que este precepto dispone que el acreedor puede retener la prenda –la palabra “retenerla” alude a la prenda y no a la cosa– cabe preguntarse si esta

- retención le conserva la correspondiente preferencia tal como la tenía respecto de la obligación principal extinguida. Podría entenderse que la disposición solo autoriza al acreedor para retener la “cosa” sin reconocerle sobre ella los derechos de acreedor prendario, puesto que extinguida la obligación principal se extingue de pleno derecho la obligación accesoria. El requisito del N° 3 del artículo 2401 induce a concluir que el acreedor conserva su privilegio y preferencia y que la prenda pasa a ser accesoria de la segunda obligación. Lo confirma el empleo de la palabra “retenerla”, claramente referida a la prenda y no a la cosa.
- b) Derecho legal de retención del usufructuario. El artículo 800 del *Código Civil* autoriza al usufructuario “... *retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones...*”.
  - c) Derecho legal de retención oponible al vindicante por el poseedor de las cosas muebles adquiridas en establecimientos comerciales o industriales, donde se vendan cosas muebles de la misma clase. Lo concede el artículo 890 del *Código Civil*, estableciendo que: “...*Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla*”.
  - d) Derecho legal de retención del poseedor vencido contra el reivindicador, concedido por el artículo 914 del *Código Civil* en los términos siguientes: “*Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción*”.
  - e) Derecho legal de retención del arrendador contra el arrendatario moroso en el pago de rentas, lo concede el artículo 1942 del *Código Civil* en los términos siguientes: “*Podrá el arrendador, para seguridad de este pago, y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes en la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria*”.
  - f) Derecho legal de retención del comodatario contra el comodante, mientras no se le indemnicen las expensas y perjuicios que tenga derecho a exigir. Lo concede el artículo 2192 del *Código Civil*.
  - g) Derecho legal de retención del depositario contra el depositante, lo concede al artículo 2234 del *Código Civil*, en los términos siguientes: “*El depositario no podrá sin el consentimiento del depositante retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo*”.
  - h) Derecho legal de retención del secuestre contra el depositante. Lo concede al artículo 2253 del *Código Civil* en los términos siguientes: “*Los depositantes contraen para con el secuestre las mismas obligaciones que el depositante respecto del depositario en el depósito propiamente dicho, por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro*”.
  - i) Derecho legal de retención del comisionista contra el consignatario de mercaderías. Lo concede el artículo 284 del *Código de Comercio*, que dispone: “*El comisionista tiene derecho para retener las mercaderías consignadas hasta el preferente y efectivo pago de sus anticipaciones, intereses, costos y salario, concurriendo estas circunstancias:*
    - 1) *Que las mercaderías hayan sido remitidas de una plaza a otra;*

2) *Que hayan sido entregadas real o virtualmente al comisionista*".

Los artículos 289 y 300 del *Código de Comercio* completan el precepto anterior disponiendo: artículo 289: "*No habiendo expedición de una plaza a otra, el comisionista sólo gozará del derecho de prenda sobre las mercaderías que se le hubieren entregado real o virtualmente*". Artículo 300 "*El comisionista goza del derecho de retención que sanciona el artículo 284, aun respecto de las mercaderías que se encuentren en tránsito al tiempo de la quiebra de su comitente*".

- j) Derecho legal de retención de los acreedores personales de un socio. Estos acreedores no pueden embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiera introducido; pero según el artículo 380 del *Código de Comercio* "*...les será permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tuviere para percibirla al tiempo de la división social...*".

El *Código Civil* no definió al tiempo de su promulgación, ni define hoy el derecho legal de retención limitándose a concederlo en los casos específicos anteriormente indicados. Tampoco lo hizo el *Código de Comercio*. En los términos del *Código Civil*, el acreedor retenedor no está reconocido como acreedor prendario y, en consecuencia, no tiene un derecho real, carece del derecho de persecución y no goza de ninguna preferencia ni privilegio respecto de otros acreedores.

Sobre esta materia comenta don Luis Claro Solar que nuestro *Código Civil* "*... no ha consagrado disposiciones especiales al derecho de retención; y se ha limitado a reconocerlo en diversas disposiciones y con respecto a diversas materias*". Agrega, que "*De esas disposiciones especiales se desprende que el derecho de retención legal es la facultad que, sin convención de las partes, corresponde al acreedor de rehusar a su deudor la entrega de una cosa que le debe mientras no se haya satisfecho, por su parte, lo que a su vez le debe o le dé efectivas garantías de pago*". También observa Claro Solar: "*La retención no le da derecho (al acreedor) en la cosa; sino la facultad de resistirse a la entrega al que pueda reclamársela; es un derecho negativo. Pero, como nadie puede hacerse justicia por sí mismo, el que puede invocar el derecho de retención debe obtener judicialmente la declaración de su procedencia*"<sup>3</sup> (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*. T. XI. 1096, pág. 559).

#### 4. EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO

La Comisión Mixta que revisó el Proyecto de *Código de Procedimiento Civil*, promulgado en el año 1902, le introdujo disposiciones de fondo que otorgaron al retenedor los derechos del acreedor prendario o hipotecario, según fueran muebles o inmuebles los bienes retenidos, invadiendo el ámbito de la legislación civil. Así lo dejó, claramente, establecido el Presidente de la Comisión en su Sesión N° 30, fechada el 17 de diciembre de 1901: "*... El señor Presidente<sup>4</sup> cree que no es éste el lugar oportuno para definir el alcance del derecho de retención, que es materia de una disposición*

<sup>3</sup> CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado*. Imprenta Nascimento. Santiago, 1937. T. XI, N° 1096, pág.559.

<sup>4</sup> Germán Riesco Errazuriz. Siendo Presidente de La república; presidió la Comisión Mixta de Senadores y Diputados, que debatían la promulgación del Código de Procedimiento Civil.

sustantiva y que solo puede tener cabida en el presente Código el procedimiento que debe seguirse para hacerla valer en juicio. Y supuesta la indudable analogía que tiene con la prenda, aceptaría que se estimara como tal, para el solo efecto de realizar las especies retenidas”<sup>5</sup>. Esta crítica que fue reiterada por don Luis Claro Solar: “... Estas disposiciones que no corresponden a un Código procesal, puesto que son de derecho sustantivo, han dado al derecho de retención un carácter que no le corresponde...”<sup>6</sup>.

La Comisión Mixta entró a discutir esta materia con motivo de un desfavorable comentario del comisionado don Manuel Egidio Ballesteros al artículo 742 del *Proyecto*. Sostenía que este derecho legal de retención, solo se le concede al arrendatario, entrando en contradicción con la norma del *Código Civil*, que confiere este derecho al arrendador, proponiendo una modificación al artículo citado<sup>7</sup> en Sesión N° 30 de fecha 17 de diciembre de 1901; reiteraba que este derecho de retención, debía ser considerado como prenda, debido a que la especie retenida, indistintamente, si se tratase de prenda o de derecho de retención, quedaba en poder del acreedor para hacerse pago con ella; fundaba su respuesta en “... que esta doctrina está sancionada por la mayor parte de los Códigos vigentes, que incluyen la retención entre los privilegios i difieren solo en la categoría, colocándola unos antes y otros después de la Prenda. Así sucede aun en el Código francés...”<sup>8</sup>. Concluía expresando que su teoría se encuentra recogida en reiteradas sentencias de los Tribunales de Justicia, expresando que en los años 1863 y 1865, la Excelentísima Corte Suprema, en sus fallos, había considerado la retención como prenda.

Esta proposición tuvo como opositor al Presidente de la Excma. Corte Suprema, don Leopoldo Urrutia Anguita, que entre sus argumentos a la redacción propuesta por Sr. Ballesteros, consideró que se desvirtuaba la naturaleza del derecho de retención, regulado por el *Código de Bello*. Sostenía que esta institución era considerada un hecho, que constituía una garantía muy eficaz. Por ello se oponía, a que este derecho se asimilara a la prenda, porque se asimilaba a un privilegio, que podía ser ilusorio en el caso de concurso.

En la Sesión N° 31, de fecha 20 de diciembre de 1901, se retomó el debate del artículo 742 del *Código de Procedimiento Civil*, en relación al procedimiento que debía seguirse para hacer efectivo el derecho de retención que concede el artículo 1942 del *Código Civil*. En esta reunión, propusieron, conjuntamente, los Señores Urrutia y Ballesteros, introducir un nuevo Título IV y Libro III, a este Código, para reglamentar, específicamente, esta materia “De los efectos del derecho legal de retención.”. El señor Urrutia agregó que las disposiciones propuestas podían ser aplicables no sólo al derecho de retención, en favor del arrendador, sino que a todos los demás casos autorizados por la ley, como por ejemplo los de comodatario, depositario, mandatario y otros que

<sup>5</sup> *Actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados*. Imprenta Cervantes. 1904. Lo referido, se encuentra en las páginas 236.

<sup>6</sup> CLARO SOLAR, *op. cit.*, T. XI, N° 1096, pág. 559 y 560.

<sup>7</sup> *Actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados*. Imprenta Cervantes. 1904. El texto propuesto por don Manuel E. Ballestero, fue: “Art. ...Si el arrendador hiciere valer el derecho de retención que le confiere el artículo 1942 del Código Civil, los objetos retenidos se estimarán como constituidos en prenda para todos los efectos legales”. Agrega en un inciso 2°, “El arrendador tendrá derecho para que se hagan valer a la casa arrendada los objetos que la amoblaban o guarnecían y que hubieren sido sustraídos de ella ocultamente”.

<sup>8</sup> *Actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados*. Imprenta Cervantes. 1904, Pág. 236.

citó y explicó<sup>9</sup>. Este título, se conserva, hasta hoy en el *Código de Procedimiento Civil*, el Libro III, Título III, integrado por los artículos 545 al 548, de los cuales interesan a este trabajo los numerados 545 y 546.

El artículo 545 (697), inciso 1º, complementando la disposición del inciso segundo del artículo 2392 del *Código Civil*, establece: “*Para que sea eficaz el derecho de retención que en ciertos casos conceden las leyes, es necesario que su procedencia se declare judicialmente a petición del que pueda hacerlo valer...*”. Obviamente, esta norma tiene por objeto evitar que los acreedores se hagan justicia por sí mismos.

El artículo 546 agrega: “*Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada, serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan*”, ordenando que el decreto respectivo se inscriba en el Registro de Hipotecas tratándose de retención de inmuebles. Esta redacción no deja dudas respecto de que los acreedores están amparados por el derecho de persecución y gozan de las preferencias respectivas para pagarse de sus créditos. Lo confirman las actas de la Comisión Mixta Revisora del Proyecto de *Código de Procedimiento Civil* que dan cuenta del acuerdo logrado entre los comisionados señores Ballesteros y Urrutia para dar al precepto la redacción que conserva, hasta hoy. Estas Sesiones, fueron Presididas por don Germán Riesco Errázuriz, quién a la fecha era él Presidente de la República.

El debate producido en el seno de la Comisión Revisora deja en claro, que los artículos aprobados se refieren a todos los casos en que la ley otorga el derecho legal de retención, de los cuales el señor Urrutia, mencionó los más importantes establecidos en el *Código Civil*. Cabe observar que el señor Ballesteros, si dijo realmente lo que expresa el Acta, cometió un error al afirmar que la retención tenía por objeto permitir que el acreedor se pagara con la prenda. El Acta dice: “...*insiste en sostener que el derecho de retención no importa otra cosa que una prenda, porque en uno y en otro caso se conserva la especie en poder del acreedor para hacerse pago de ella...*”<sup>10</sup>. Atendida la gran versación del señor Ballesteros en estas materias podemos suponer que usó las expresiones transcritas en un sentido figurado y breve, entendiéndose, que el acreedor podía pagarse con el producto de la enajenación forzada de los bienes retenidos.

La jurisprudencia le ha dado un efecto aún más amplio, extendiéndolo al depósito judicial para asegurar al depositario el reembolso de sus gastos.

##### 5. PROHIBICIÓN QUE ESTABLECE EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El segundo inciso del artículo 2397 del *Código Civil* chileno, dispone: “*Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados*”.

Este inciso se refiere al que se denomina, en doctrina, *pacto comisorio*, que tuvo origen en el derecho romano y se ha mantenido a lo largo del tiempo, conservando invariable su significado hasta hoy: “...*En virtud de este pacto, el deudor concede al*

<sup>9</sup> Este título pasó a formar parte, del Libro III, Título IV, artículo 696 al 699 del *Código de Procedimiento Civil*.

<sup>10</sup> *Actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados*. Imprenta Cervantes. 1904, Pág. 236.



acreedor la propiedad de la cosa entregada en prenda, si al vencimiento de la obligación, no satisface el crédito”<sup>11</sup>. En este sentido, Antonio Vodanovic acota siguiendo las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga:

“... el legislador repudia la *lex comisoriana*, que consistía en que si el deudor no pagaba al acreedor el crédito, *ipso jure* se hacía este último dueño de la cosa dada en prenda...”<sup>12</sup>. Henri Capitant define este pacto, prohibido también en el derecho francés, diciendo: “Convención que tiene por objeto permitir al acreedor garantizado con prenda, apropiarse de la cosa entregada en ese carácter si la deuda no se pagare a su vencimiento”<sup>13</sup>.

Debido la antiquísima exclusión de que era objeto esta estipulación, don Andrés Bello dispuso su prohibición en el Proyecto de *Código Civil*, del año 1841-1845, con el fin de proteger al deudor considerando que, la posición dominante que, generalmente ocupa el acreedor le hace proclive al abuso, aprovechándose del estado de necesidad del deudor. La prohibición evita que el deudor pueda ser inducido a aceptar un pacto abusivo, por eso en el Libro “*De los contratos y obligaciones convencionales*”, Título XXXVI, artículo 620, parte final, de este proyecto, estableció: “... *Ni se podrá al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia*”<sup>14</sup>. En su segundo Proyecto del *Código Civil*, don Andrés Bello, del año 1853, el asunto estaba normado. En el inicio de la norma, Bello establecía textualmente: “*Nadie podrá retener una cosa del deudor como prenda, contra su voluntad...*”; esta reiteración o confirmación, asevera la voluntad, del legislador, de confirmar al acreedor esta prohibición.

La disposición del inc. 2º del artículo 2397 del *Código Civil* vigente debe interpretarse en concordancia con el artículo 1º, inciso final, de Decreto Ley 776 del 19 de diciembre de 1925 “Sobre realización de prenda”, que dispone: “*Tampoco podrá estipularse a la fecha del contrato principal, como en ningún momento posterior, que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en esta ley*”.

## 6. LAS DUDAS DE DON ANDRÉS BELLO EN LA FORMULACIÓN DE LAS PROHIBICIONES

En cada uno de los tres Proyectos del *Código Civil*, don Andrés Bello, estableció esta prohibición, redactándola en términos diferentes; por ello, a su vez, se deberían interpretar en forma distinta, así encontramos:

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires. Editorial SEA. Pág. 444.

<sup>12</sup> VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Curso de Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile. Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*. Tomo IV. Santiago de Chile. Ed. Nascimento. 1942. Pág. 631, N° 947.

<sup>13</sup> CAPITANT, Henri. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1973

<sup>14</sup> BELLO, Andrés. *Obras Completas*. Tomo III. “*Proyecto de Código Civil*” Tomo I. Editorial Nascimento. 1872, pág. 571.

### a) Prohibición del artículo 2392

En el primer Proyecto de *Código Civil*, preparado entre los años 1841 y 1845, encontramos esta prohibición en el artículo 620, del Título XXXVI, redactada en los siguientes términos: “*Nadie podrá tomar prenda del deudor contra su voluntad, excepto en los casos especialmente designados por la lei, o cuando el deudor hubiese previamente concedido facultad para hacerlo*”<sup>15</sup>.

En el Proyecto de 1853, Título XXXVII, artículo 2559, contradiciendo lo establecido en la primera versión, dispuso el siguiente texto: “*Se podrá retener una cosa del deudor como prenda, aun contra su voluntad, si la deuda fuere cierta i líquida; salvo en los casos especialmente exceptuados.*” El inciso segundo agrega: “*Pero no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia*”<sup>16</sup>. Hacía una diferencia entre la prenda que el deudor entregó a su acreedor en garantía del cumplimiento de la obligación contraída y aquella situación en que el acreedor carecía de prenda. En el primer caso, la norma autoriza a retener la prenda, pero no deja en claro si igual fenómeno se podría producir por una obligación distinta de la que caucionaba. En el caso de ser así, esta deuda debería cumplir con los requisitos de ser cierta y líquida, es decir, ser actualmente exigible, y no encontrarse prescrita.

Por último, en el Proyecto denominado Inédito<sup>17</sup>, Título XXXVII, artículo 2559, invierte el orden de los incisos y propone la misma redacción que tiene el texto aprobado y vigente, con la sola diferencia de que en el segundo inciso del actual emplea la expresión “*en seguridad de la deuda*” en lugar de “*como prenda*”.

### b) Prohibición del artículo 2397

En el primer Proyecto 1841-1845, el Título XXXVI, artículo 621, dispuso en sus incisos 3º y 4º, lo siguiente: “*No se podrá estipular que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela, sino del modo dicho*” (establecido en los incisos anteriores).

*Tampoco se podrá estipular que el acreedor no tenga derecho para exigir que se venda la prenda, o se le adjudique en pago del modo dicho* (establecido en los incisos anteriores)”.

Con el objeto de realizar una interpretación armónica para comprender la real intención de Bello, se deben analizar los incisos 1º y 2º de la norma citada, en que se dispuso que el acreedor que tiene en su poder una prenda entregada voluntariamente por el deudor, quedaba facultado para retenerla solo respecto de la obligación caucionada y no de alguna otra. En el inciso segundo Bello, considerando la circunstancia de que el deudor se encontrase moroso en el pago de la obligación garantizada, concedió al

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> BELLO, Andrés. *Obras Completas*. Tomo IV. “*Proyecto de Código Civil*” Tomo II. Editorial Nascimento. 1872, pág. 599.

<sup>17</sup> AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis. Al final de la introducción, comenta: “...*el Proyecto inédito que ahora se da a conocer, viene a eslabonar el proyecto de 1853 con el que fue promulgado como lei de la República el 14 de diciembre de 1855*”. BELLO, Andrés. *Obras Completas*. Tomo V. “*Proyecto de Código Civil*” Tomo III. Editorial Nascimento. 1872, pág. 39.

acreedor la facultad de venderla en pública subasta, y pagarse así del saldo insoluto o si lo prefiriese, hacerla tasar por peritos con el objeto de adjudicársela por dicho valor, el cual debía ser imputado al saldo de la deuda. Quedaba a salvo al acreedor, en uno u otro caso, si lo obtenido no fuera suficiente para solucionar la deuda, que pudiera perseguir el saldo insoluto en la forma establecida por la ley.

En el Proyecto Inédito, Bello, suprime el cuarto inciso de la norma del Proyecto anterior y mantiene la prohibición del inciso tercero, que pasa a constituirse en inciso segundo del artículo 2564, con la siguiente redacción: “*Tampoco se podrá estipular que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados*”.

Agregando, un nuevo artículo, 2564: a), autorizaba que en la licitación pública de la prenda pudieran participar acreedor y deudor: “*A la licitación de la prenda que se subasta podrán ser admitidos el acreedor i el deudor*”. Los otros artículos, que se identificaron con letras b) y c) concedieron derechos al deudor y al acreedor. Al primero en la letra b), para pagar la totalidad de la deuda, incluyendo todos los gastos, hasta antes de que se encontrase finalizado el proceso de la venta o adjudicación. Al segundo en la letra c), de modo que si el valor de tasación de la prenda, no excediese de ciento cincuenta pesos, quedaba facultado para solicitar al juez que se la adjudicase por el valor de tasación, sin necesidad de subasta, con el objeto, de ahorrar gastos que harían aumentar la deuda.

En el Proyecto de 1853, Título XXXVII, artículo 2564 inciso 2º, se abrevia la redacción: “*No se podrá estipular que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela sino del modo dicho*”. Se conserva la redacción que había dispuesto en el Primer Proyecto, del año 1841-1845.

En el texto definitivo y aprobado, la estructura y redacción del artículo –al que se le asignó el número 2397– que hoy mantiene, es la del Proyecto Inédito, dividida en dos incisos.

## 7. FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL EN ESTA MATERIA

Don Andrés Bello, en el Proyecto de 1853, en nota puesta al inciso segundo del artículo 2559, menciona como fuente una ley de las *Partidas*, que disponía: “*Prendar non debe ninguno las cosas de otro, sin mandado del Judgador, o del Merino de la tierra...*”<sup>18</sup>. Al disponer esta prohibición don Alfonso X ya tenía conocimiento de que en la práctica era letra muerta, y que los deudores sufrían los abusos de sus acreedores, sin poder hacer nada frente a esta agresiones, más aún, los comentaristas aducen: “... *pero la práctica seguirá a pesar de la ley...*”. Prueba de esto es que se siguió reiterando la prohibición con posterioridad a las *Partidas*, materia que trataré en los párrafos siguientes. Esta disposición del Rey Sabio no solo establece la prohibición de tomar bienes del deudor contra su voluntad, sino que, además, contempla la misma excepción que trae el Código Civil, es decir, que únicamente se podría tomar prenda del deudor contra su voluntad con autorización judicial otorgada por el juez competente, que lo sería el del lugar donde se encuentre la cosa que se quiere tomar en prenda. La parte final

<sup>18</sup> *Código de Las Siete Partidas*. Edición Facsimilar. Salamanca. Andrea de Portonariis. Año 1555. Partida V, Título XIII, Ley XI. Pág. 85

de esta disposición establece, que si, a pesar de la prohibición, el acreedor lo hiciese sería sancionado: "... *E si alguno contra esto fiziesse, tenemos por bien, e mandamos que torne la prenda a su dueño, e que peche la valia dela debda al Rey...*"

En el inciso segundo del artículo 2392, que en el Proyecto del año 1853 don Andrés Bello ubicaba bajo el número 2559 inciso 1º, cita la siguiente ley de Las Partidas: "*Tenudo es el que recibe la cosa en guarda, e sus herederos de la tornar a aquel que gela dio a guardar, o a los que heredasen lo suyo, cada que la gela demandasen. E maguer que la óbviese a dar a alguna cosa aquel que gela encomendasse: con todo esso, non gela debe tener, el que recibio el condessijo, por razon de prenda, aque dicen en latin compensatio, que quiere tanto decir, como descontar una debda por otra, ante debe le luego entregar della, e después desto puede le demandar aquello que le deviere...*"<sup>19</sup>. Como puede verse, esta ley prohibía al acreedor, en cualquier caso, retener en prenda bienes del deudor o compensar su valor con la deuda, disponiendo que debía restituirlos, sin perjuicio de su derecho a demandar el pago de su crédito. Invertiendo el orden del razonamiento, en el Proyecto de 1853, Bello propone autorizar la retención contra la voluntad del deudor en el caso de ser la deuda cierta y líquida, salvo en los casos especialmente exceptuados, aceptando la idea de la "compensación". Probablemente una segunda revisión le llevó a observar que el valor de las cosas retenidas podía no ser cierto ni líquido, lo que impedía compensarlo con la deuda, y de este razonamiento debe provenir el cambio de redacción que introdujo en el Proyecto Inédito, en que la retención solo aparece permitida "en los casos que las leyes expresamente designan", excluyendo la posibilidad de compensación. De este modo, el precepto concuerda con los casos en que el *Código* otorga al acreedor el derecho legal de retención y con las normas que establecen los requisitos que la ley exige para que opere la compensación como modo de extinguir la obligaciones.

También cita Bello, como fuente del inciso primero otra ley de las *Partidas*: 5. 13. 23, que se refiere a varios casos de prendas e hipotecas tácitas.

Respecto, al inciso segundo del actual artículo 2397 del *Código Civil*, don Andrés Bello, en su Proyecto de 1853, artículo 2564, al pie de página, tiene una nota advirtiendo que su fuente fue Pothier, *Nantissement*, 18, 19.

Sería lógico pensar que al prohibir el pacto comisorio, don Andrés Bello haya tenido en consideración, los principios que inspiraron a los legisladores del Código Napoleón, específicamente, lo establecido en el artículo 2078, que disponía: "*El acreedor no puede, a falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de poder solicitar a la justicia que la prenda se le adjudique en pago hasta la concurrencia de lo debido, conforme a una estimación hecha por peritos, o que se venda en pública subasta. Toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, o para disponer de ella sin las formalidades antedichas, es nula*"<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> *Código de Las Siete Partidas*. Edición Facsimilar. Salamanca. Andrea de Portonariis. Año 1555. Partida V, Título III, Ley V. Pág. 8vta.

<sup>20</sup> DELVINCOURT, M., *Cours de Code Civil*. Tomo II

## 8. FUENTES HISPÁNICAS DE LOS PRECEPTOS EN ESTUDIO

a) *Prohibición de tomar prendas del deudor contra su voluntad*

En el derecho hispano siempre estuvo prohibido tomar prenda o apropiarse de bienes del deudor sin su consentimiento o contra su voluntad; pero era lícito el pacto que permitía, en general, al acreedor tomar prenda sobre cualquier bien del deudor, exceptuando únicamente los bienes inembargables, como los aperos, animales y esclavos destinados a labrar los campos. Sin embargo, el Código de *Las Partidas* prohibía el “pacto comisorio” y habían ciertos casos en que estaba permitida una especie de *pignoris capio* tratándose de obtener el pago de tributos o de indemnizaciones que tenían derecho a exigir “hombres públicos” que estaban encargados de guardar (conservar) bienes comunales.

Hay autores, que sostienen que, entre los germanos, se admitía la “prenda extrajudicial”. Lo dice Rudolf Von Ihering, sin expresar los fundamentos de aserto: “*Para ciertos créditos, unos de naturaleza religiosa, otros de naturaleza militar ó política, el derechohabiente estaba autorizado a tomar por sí una prenda, sin intervención de la autoridad y hasta en ausencia de su contrario. Es una forma de justicia privada que otras varias legislaciones, como el Derecho romano, han conservado desde su origen...*”<sup>21</sup>. Lo sostiene también, entre los historiadores españoles, Claudio Sánchez Albornoz, para quien la “prenda extrajudicial” era acostumbrada entre los godos. Los textos que he podido revisar no aclaran el significado jurídico preciso de tal denominación. La calificación de “extrajudicial” aplicada a la prenda puede aludir a varias situaciones distintas. Es extrajudicial la prenda que se toma de bienes del deudor sin mediación de la justicia, haya sido o no consentida por este. También podría ser “extrajudicial” la prenda convencional que puede ser enajenada por el acreedor sin mediación de la justicia.

Opina Sánchez Albornoz que la “venganza de la sangre”, “el riepto” o desafío, “el juramento expurgatorio” y la “prenda extrajudicial” eran instituciones visigóticas; y sobre esta última expresa: “... *De la práctica de la prenda extrajudicial en Castilla dan noticia numerosos documentos. Un proceso judicial fallado ante el juez de Cerezo, Dolquiti Veilaz,*<sup>22</sup>; *los Fueros de San Zadornín del 955, dispuso: “...Et homines de Barrio ita habuerunt fuero, ut vadant cum illa potestate de Berbeia ad venato, vel ad pignora, aut montico prendere de vacas vel de porcis, et donavit ad ülos suaasalura, quia non habuerunt fuero de montatico pectare, sed de prendere. Et ego comite Sancio et domna Urraca cometisa hoc privilegium audivimus; et sicut hic scriptum est, confirmamus per in seculum seculi valentem Pereniter*”<sup>23</sup>; *un plácito celebrado entre el abad Opila de Santo Toribio de Liébana en 962 (Sánchez - Belda “Cartulario de Santo Toribio de Liébana” p. 78); el acta de fundación del monasterio de Covarrubias por el conde García Fernández en 978 (Serrano, “Cartulario del Infantado de Cova-*

<sup>21</sup> VON IHERING, Rudolf. *Espíritu del Derecho Romano, en las diversas fases de su desarrollo*. Madrid. Editorial De Bailly\_Bailliere é Hijos. 1899. Tomo I. L.I, T.I. C.I & 14, Pág. 189.

<sup>22</sup> SERRANO, Luciano. “*Cartulario de San Millán de la Cogolla*”. Imprenta Aldecoa. Burgos. 1930. N° 28, pág. 36.

<sup>23</sup> MUÑOZ Y ROMERO, Tomás. *Colección de Fueron Municipales y Cartas Pueblas*. Tomo I. Adición I, hecha después del año 995.Pág. 32.

rrubias” p. 21); *la ampliación de las leyes de Castrogeriz por el conde Sancho Garcés 995-1017* (Muñoz y Romero “*Fueros municipales*” p. 39)”.

Una “*ley antigua. De non prenderar*” recogida en el *Liber Iudiciorum* demuestra que la prohibición de tomar o apropiarse el acreedor de bienes del deudor se remonta a los orígenes del derecho hispano visigodo. En su versión castellana esta ley disponía: “*Defendemos á tod omne que non prende por sí. E si el omne que es libre prenda por si mismo por fuerza á otri, pague el duplo del penno. E si el que prenda es siervo, peche el penno, é demas reciba C. azotes*”<sup>24</sup>. Probablemente esta ley, tuvo por fuente las disposiciones del derecho romano, civil, y canónico, que comentaré en el párrafo que sigue, y los mismos fundamentos éticos, jurídicos y religiosos que indujeron a los legisladores a repudiar los abusos del fuerte contra el débil y los actos de justicia privada.

Pero, como siempre ocurrió, no bastó la ley para impedir el abuso; como lo demuestra el hecho de que la misma prohibición y otras relacionadas con actos de fuerza cometidos por los acreedores contra sus deudores hayan tenido que reiterarse a lo largo de los siglos.

El Código de *Las Partidas* contiene varias leyes referidas a esta materia que resulta interesante transcribir:

- 1) La Ley 15. 10. 7 disponía: “*Malas, e dañosas costumbres usan los omes a las ve-gadas en razon de prender, quando han deudo, contra otros, que son moradores en otros lugares, de manera que si non pueden aver sus deudas de aquellos que gelas deven, prendan, e fuerçan las cosas de los otros, queles nos deven nada, que moran en aquellos logares donde son sus deudores, e esto tenemos que es contra derecho de ser ome prendado, embargado por deudo ejeno de que el nunca se obligo. E porende dezimos que si alguno esto fiziesse prendando o tomando por fuerça alguna cosa en tal manera como esta, que debe tornar aquello que tomare, o prendare, con tres tantos de mas, e el derecho que avia contra su deudor que lo debe perder porende: en manera que de alli adelante non pueda demandar el deudo, nin sea el otro tenuto de le responder porende. E si por aventura algun ome fuesse tan atrevido que prendiesse a otro, por tal razon como esta, non tan solamente debe perder el deudo que avia contra su deudor: mas dezimos que deve pechar otro tanto de lo suyo a aquel que prendio, o a sus herederos. E aun de mas desto, debe recibir alguna pena en el cuerpo según albedrío del judgador por la deshonor que fizo al otro*”<sup>25</sup>.
- 2) Otra Ley 13. 10. 7 disponía: “*Empeñando un ome a otro alguna cosa entregándolo de la posesión della en razon de empeño, si después desso gela tomasse por fuerça el por si mismo, pierde porende el derecho, e el señorío que avia enella...*”<sup>26</sup>.
- 3) La Ley 10. 10. 7, establecía: “*Entrando, o tomando alguno por fuerça por si mismo sin mandado del judgador cosa ajena quier sea mueble, quier rayz, dezimos que si derecho, o señorío avia en aquella cosa que asitomo que lo debe perder, e*

<sup>24</sup> La Real Academia Española. *Fuero Juzgo, en latín y castellano*. París. Imprenta de C. Farcy. 1828. L. 5 T. 6 L. 1. Pág. 93.

<sup>25</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. Pág. 42.

<sup>26</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. Pág. 41. Vta.

*si derecho o señorío no avia en aquella cosa debe pechar aquel que la tomo, o la entro quanto valia la cosa forçada, e de mas deuelo entregar della, con todos los frutos, e esquilmos que dende llevo. E si por aventura aquella cosa que así forço se perdiessse. O se empeorasse, o muriesse después, el peligro del empeoramiento o de la perdida pertenece al forçador, en manera que es tenuto de pechar la estimación della, a aquel a quien la tomo o la forço, e esta pena ha logar contra todos los omes que tomaren, o furtaren lo ageno, así como sobredicho es,...”<sup>27</sup>.*

- 4) La Ley 14. 10. 7, disponía: *“Atrevidos son a la vegadas omes y ha de tomar por fuerça como en razon de prenda, o de paga algunas cosas de aquellos que le deven algo: e como quier que aquellos sean sus deudores tenemos que fazen desaguisado. Ca por aquello son puestos los juzgadores en los lugares, porque los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mismos fazer. E porende dezimos que si alguno contra esto fiziere tomando alguna cosa de casa, o de poder de su deudor, que si algun derecho avia en aquella cosa que tomo, que lo debe perder porende, e si derecho no havia debe tornar lo que tomo, e por la osadia que fizo debe perder el deudo que avia de aver de aquel a quien lo forço,...”<sup>28</sup>.*
- 5) La Ley 14. 14. 5, dispuso: *“Llanamente, sin braveza ninguna deven los omes unos a otros demandar las debdas que les devieren, e por poder nin por riqueza, que aya aquel a quien deven el debdo, non debe el por si sin mandado del juez del logar, apremiar nin prender al debdor, que pague el debdo. Fuera ende si quando la debda fue fecha otorgo, e fizo pleyto sobre si el que la devia, que el otro óbviese poder de preñar le, e de apremiarle por si mismo sin mandado del judgador. E si alguno contra esto fiziesse, apremiando por si mismo a su debdor, non aviendo derecho de lo fazer, así como sobre dicho es, si por la premia que le faze oviere de pagar el debdo, debe lo tornar, e perder el dercho que avia contra el, por razon de aquella debda, e si el debdo non recibiese del, e le prendasse por fuerça devel tornar la prenda doblada; e el otro que non le responda sobre la debda fasta que torne la prenda”<sup>29</sup>.*
- 6) La Ley 11. 9. 7, estableció: *“...Ca maguer fuesse verdad que era debdor de otro, con todo esso non debe ser de esta manera prendado nin agraviado por lo que devia en quanto estuviere en tan gran peligro: porque assaz le ahonda el dolor que passa de su enfermedad, e non a menester que le acrecienten mas en ella faziendo le pasar, tomándole lo suyo, o entrando gelo en tal razon. E porende mandamos que si alguno sin mandamiento del Rey, o del judgador prendare, o entrare en los bienes de alguno en la manera que sobre dicha es, que si era en verdad su deudor, que pierda porende del debdo que avia contra el, e peche a sus herederos otro tanto quanto quanto era aquello que devia aver, e pierda demas desto la tercia parte de lo que oviere, e sea de la camara del Rey, e aun finque el porende enfamado para siempre. E si por aventura el que esto fiziesse non óbviese debdo ninguno contra auquel doliente que así agraviasse, debe perder porende la tercia parte delo que oviere, e aver lo la camara del Rey, e demas desto debe fazer enmienda a los parientes del muerto de la deshonra que fizo a el, e a ellos,*

<sup>27</sup> Id. Pág. 40. Vta.

<sup>28</sup> Id. Pág. 42.

<sup>29</sup> Id. Pág. 50. Vta.

*a bien vista del judgador del lugar*”<sup>30</sup>. Disposición tomada de la *Novela* 60. 1 de Justiniano.

Lo que estaba prohibido y penado, general, era tomar en prenda bienes del deudor sin su consentimiento o contra su voluntad y sin previa autorización de la justicia. El consentimiento del deudor suplía la intervención de la justicia y la mediación judicial. Se apoya ésta conclusión, en lo dispuesto por una ley del Código de *Las Siete Partidas*, que establecía: “*Prendar non debe, ninguno las cosas de otro, sin mandado del judgador o merino de la tierra... E si alguno contra esto fiziesse, tenemos por bien, e mandamos, que torne la prenda a su dueño...*”<sup>31</sup>. norma que fue trasladada al *Fuero Real*<sup>32</sup>; norma, que también, se encuentra establecida en el *Ordenamiento de Alcalá*, que ordenó: “*Contra derecho, è contra raçon es que los omes fagan prendias por lo que les deben por su abtoridad, non les aviendo dado poder los debdores para les peyndrar...*”<sup>33</sup>; en la *Nueva Recopilación* (5. 17. 1); y en la *Novísima Recopilación*, el rey Juan I, en Valladolid, en el año 1385, reiteró la norma, recogida en el *Ordenamiento de Alcalá*, disponiendo: “*....por ende mandamos, que ningun hombre no sea osado de prender a otro, ni un Consejo á otro por cosa que digan que le deban, o hayan de cumplir ó hacer, ni de prender á alguno por deuda que otro deba... y qualquier, que contra esto hiciere, que caya por ello en pena de forzador...*”<sup>34</sup>.

Otra ley de *Las Partidas* sanciona a la persona que no cumple con lo establecido precedentemente: “*Entrando o tomando alguno por fuerça por si mismo sin mandado del judgador cosa ajena sea mueble quer raíz, dezimos que si derecho o señorío avia en aquella cosa que así tomo que lo debe perder...*”<sup>35</sup>. Tal norma que, fue recogida por el *Fuero Real* (4. 4. 4 ); por la *Nueva Recopilación* (4. 13. 1) y por la *Novísima Recopilación* de Leyes (11. 34. 1). Esta disposición se mantuvo, sin variaciones a lo largo de todo este tiempo.

Al parecer, se hizo frecuente que el acreedor, además, de llevar al deudor a prisión, le tomara bienes sin intervención de la justicia y, en caso de que el deudor no fuera habido, además de tomar bienes, se llevara a un hijo o a un sirviente de su deudor a prisión. Para frenar estos abusos, Juan II, en 1438, dictó una ley en Valladolid, que, además de reiterar las severas penas, dispuso que estos casos fueran tratados como Casos de Corte. Esta disposición fue recogida en el *Ordenamiento Real*; (3. 14. 5); reiterada por Enrique IV en Ocaña en 1469 y en Nieva en 1473, se halla también en la *Nueva Recopilación* (4. 13. 5); y en la *Novísima* (11. 34. 5). Disponía: “*Porque en tanto es venido el atrevimiento de algunas personas, y el poco temor que han de las*

<sup>30</sup> Id. Pág. 34

<sup>31</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. P. V T. XIII L. XI. Pág. 85

<sup>32</sup> *Los Códigos Españoles Anotados y Concordados*. Tomo I. Fuero Real. Madrid. Imprenta de la Publicidad. 1847. L. III.T.XIX. LII, Pág. 398.

<sup>33</sup> JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO, Ignacio y DE MANUEL RODRÍGUEZ, Miguel. *Ordenamiento de Leyes, que don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares*. Edición Facsimilar. Mdrid Impresa por Joachin Ibarra, impresor de Cámara de S.M. 1.774. T. XVIII L. I. Pág. 28.

<sup>34</sup> *Novísima Recopilación de Las Leyes de España. Mandada formar por el señor Carlos IV*. Edición facsimilar. Impresa Madrid. 1805. Tomo V. L.XI T.XXXI. I.I.

<sup>35</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. P. 7. T X LX, Pág. 40. Vta.



nuestras Justicias, que algunos por su propia autoridad prenden á aquel que algo les debe, si menos puede que él; y quando á su deudor no pueden haber, prendan á su hijo; y quando pueden entran en los bienes y heredades ajenas, lo hacen por su propia autoridad sin mandamiento del Juez; ..... ordenamos y mandamos á los Concejos y Justicias de los lugares donde esto acaeciére, que luego restituyan y hagan restituir á los tales despojados, y saquen de las prisiones á los que así fueren presos, sin llamar las partes, habida solamente sumaria información de cómo las tales personas fueron presas, y les tomaron sus bienes sin mandado de Juez legítimo y qualquier persona ó personas, de qualquier estado ó condición, ó preeminencia ó dignidad que sean, que por su propia autoridad lo suso dicho hicieren, que por el mismo hecho incurran en las penas en tal caso establecidas por leyes de nuestros reynos, así de cárcel privada como en otra manera; y sean executados por nuestras Justicias en los tales y en sus bienes, habida solamente información, como dicho es; y prendan los cuerpos á los culpables, y los envien ante Nos presos y bien recaudados con tal información, porque por Nos vista, mandemos proveer como cumple á nuestros, y á la execucion de la nuestra justicia y queremos y mandamos, que estos tales y semejantes casos sean habidos por casos de Corte, así en lo pasado como por venir, porque aquí en la nuestra Corte sea sobre ello proveido, y los tales atrevimientos sean punidos y castigados”.

Con mayor desarrollo se reproduce esta prohibición en una ley dada por los Reyes Católicos, en Madrigal, el año 1476, recogida en la *Nueva Recopilación* 5. 17. 10 y una ley promulgada, por los Reyes Católicos, dada en Madrigal, en el año 1476, recopilada, en la *Novísima Recopilación* 11. 31. 11, que estableció: “Defendemos, que en nuestros reynos y señoríos no sean hechas prendas ni represalias algunas por deudas que otros deban...” y ordenaron que las ejecuciones quedaran reservadas a los Alcaldes ordinarios del lugar y que tal orden se respetara “... ni porque digan que le es denegada la justicia, ni por razon de robos que digan que les haya seido hechos, ni por otra causa alguna, ninguno sea osado de hacer represalias contra los bienes de los deudores, ni contra sus personas, ni en otra manera alguna; y si alguno tuviere tales quejas, que lo pida y demande en juicio por vía ordinaria, hasta que la causa sea fenecida por sentencia ó por obligación, y sea pedida la execucion della; y qualquier que lo contrario hiciere, por ese mismo hecho pierda el deudo que le fuere debido, y la mitad de sus bienes sean aplicados á nuestros Fisco, y mas incurra en pena de robador público; y en qualquier lugar que fuere hallado, sea hecha en él execucion de la dicha penna...”<sup>36</sup>.

#### b) La prenda pretoria

De las tres clases de prenda, que contempla el Código de *Las Partidas*, la segunda clase corresponde a la conocemos con el nombre de prenda pretoria o prenda judicial, “... La segunda es, quando los Judgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contendor, por mengua de respuesta, o por razon de rebeldía, o por juicio que es dado contra ello o por cumplir mandamiento del Rey. Ca tales peños, o prendas como estas, se fazen como por premia...”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> *Novísima Recopilación de Las Leyes de España. Mandada formar por el señor Carlos IV.* Edición facsimilar. Impresa Madrid. 1805. Tomo V. L.XI T.XXXI. XI.Pág. 291.

<sup>37</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López.* Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. P. V T. XIII L. I. Pág. 83.

Una ley del *Fuero Viejo*, establecía que las prendas podían recaer tanto en bienes muebles como inmuebles, pero solo los inmuebles podían ser dados en prenda pretoria: “*Si algund Fijodalgo debe debda a Judio, o a Cristiano, que la debda fuer conocida, e judgada, devel entregar a aqueste que la a de aver, en suos bienes del suo debdor, en mueble, si los fallare, si non en la eredat. E si fuer la entrega en mueble, devela vender a nueve dias, e pagarle, e si fuer rais, devela tener, e disfrutarla fasta que sea pagado en sua debda;...*”<sup>38</sup>. En este sentido, una Ley de Las Siete Partidas, dispuso: “... *entre lo otros peños, que mandan entregar los Judgadores, en razon de fazer cumplir, sus juicios, ha departimiento. Ca las cosas que mandan dar los Judgadores, por peños non son obligadas, fasta que entreguen dellas, a aquellos a quien las mandaren dar...*”<sup>39</sup>.

### c) El derecho legal de retención

Este derecho, que se encuentra consagrado como excepción a la norma del inciso segundo del artículo 2392 del *Código Civil*, consideró lo establecido por el Rey Sabio, en *Las Partidas*, siempre que la obligación contraída fuera de dinero, y la deuda líquida o liquidable; “*Sobre peños deviendo un ome a otro maravedis, si despues con aquel mismo faze otra debda, rescebiendo del maravedis con carta sin peño, maguer pague la una debda, si el otro non le quisiere tornar los peños, fasta quel pague la otra debda que le devia con carta, bien lo podria retener; ...*”<sup>40</sup>. En nuestro derecho, estos elementos, constituyen la denominada “prenda tácita”.

Una norma de las *Partidas*, referida al contrato de comodato que, si bien no acepta como regla general que se pueda retener la cosa en razón de ciertas deudas, establece como excepción que: “... *recibiendo alguno de otri, caballo; o otra cosa semejante: emprestada: dezimos: que luego que el servicio fuesse fecho: o el tiempo sea cumplido: tenuto es de la tornar a su señor: e non la puede teber dende en adelante: como en razón de prenda: maguer aquel que gela avia prestada, le óbviese a dar alguna debda o otra cosa: fueras ende si la deuda fuesse por pro: o por razon de aquella cosa mesma, que recibió prestada. E aun estonce ha menester, que sea fecha despues que gela prestaron, e non ante. Ca estonce bien la puede tener: fasta que sea entregado: de la despensa que fizo: en la cosa prestada, seyendo la espensa a tal, que con derecho la puede demandar...*”<sup>41</sup>.

### d) El pacto comisorio

Una ley del *Fuero Real* rompe con la tradición jurídica romana que prohibía este pacto, disponiendo: “*Quien por deuda que debiere á plazo, metiere sobre si tal pena, que si no pagáre al plazo á aquel á quien debe la deuda, pueda tomar sus bienes do quier que los falle, é vender, é ser creido sobre la vendida por su palabra llana, tal Pleyto como este vala,...*”<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> *Los Códigos Españoles Anotados y Concordados*. Tomo I. Del Fuero Viejo de Castilla. Madrid. Imprenta de la Publicidad. 1847. L. III.T.IV. LI, Pág. 280.

<sup>39</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. P. V T. XIII L. XIII. Pág. 85 vta.

<sup>40</sup> Id. P. V. T. XIII L. XXII. Pág. 88 vta.

<sup>41</sup> Id. P. V. T. II. L.IX. Pág. 7.

<sup>42</sup> *Los Códigos Españoles Anotados y Concordados*. Tomo I. Del Fuero Viejo de Castilla. Madrid. Imprenta de la Publicidad. 1847. L. III.T.XX. LII, Pág. 399.

Si bien, las *Partidas* prohibían y declaraban nulo el pacto comisorio, el *Fuero Real* lo permitió de modo expreso y en términos más amplios, refiriéndose que se podía tomar cualquier bien del deudor.

Sobre esta materia, el Rey Sabio, en Las *Partidas*, dispuso: “*Todo pleyto, que non sea contra derecho, nin contra buenas costumbres, puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes a peños. Mas los otros non debe valer. E por ende dezimos, que si algun ome empeñasse su cosa a otro, a tal pleyto, diciendo así, si vos non quitare este peño, fasta tal dia, otorgo que sea vuestro dende a delante, por esto que me prestases, o que sea vuestro comprado, que a tal pleyto como este non debe valer. Ca si atal postura valiesse, non querrian los omes recibir de otra guisa los peños, e vernia porende muy gran daño a la tierra, porque quando algunos estuviesen muy cuytados, empeñarían las cosas, por quanto quier que les diesse, sobre ellas, e perder las yan, por tal postura como esta...*”<sup>43</sup>. Otra ley, complementa, disponiendo: “*... Mas si la comprasse de otra guisa diciendo así, que fazia tal pleyto con el, que si la non quitasse a dia señalado, que fuesse suya, por aquello que dava sobre ella a peños, entonce non valdria el pleyto, nin la vendida. E por esta razon non tenemos por bien, que va la tal pleyto, porque los que emprestan dineros a otros sobre peños, non lo querrian fazer de otra guisa. E los omes quando estoviessen muy cuytados con muy grand mengua que oviessen, farían tal pleyto como este: maguer entendiesen que seria a su daño*”<sup>44</sup>.

## 9. FUENTES ROMANAS DE LOS PRECEPTOS EN ESTUDIO

### a) Prohibición de tomar bienes del deudor contra su voluntad

En la Roma primitiva no existía el contrato de prenda y la apropiación de bienes ajenos era considerada “*furtum*” y penada con la muerte del ladrón aplicando el mismo rigor de las leyes draconianas. De Dracón dice Aulo Gelio: “*... fue el primero que dio leyes a los atenienses, y una de estas leyes imponía la pena de muerte al ladrón cualquiera que fuese el robo...*”. Agrega, citando la obra *El Hurto*, de Sabino: “*... El que ha tocado el bien ajeno, cuando podía creer que el dueño no quería, es culpable de robo... El que tomado, sin decirlo, el bien de otro, para obtener beneficios, es culpado de robo, sepa o no a quién pertenecía el objeto...*”<sup>45</sup>.

El derecho romano penaba no solo el hurto cometido con intención de apropiarse de la cosa, sino que también sancionaba el *furtum possessionis* y el *furtum usus*; pero exigía en cualquiera de estas figuras que la sustracción fuera fraudulenta, esto es que el que la cometía tuviera la intención de obtener un lucro o provecho de su acción. Según Gonzalo Fernández de León, “*... comprendía también el abuso de confianza del arrendatario, comodatario y depositario...*” y también, “*... cuando se sustraían cosas propias poseídas justamente por otro, o cuando un deudor quitaba a su acree-*

<sup>43</sup> *Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca, por Andrea de Portonariis. 1555. P. V T. XIII L. XII. Pág. 85 vta.

<sup>44</sup> Id. P. V. T. V. L. XLI. Pág. 24 vta.

<sup>45</sup> GELIO, Aulio. *Noches Aticas*. Traducción del Latín, Francisco Navarro y Calvo. Breviarios de Derecho, Colección Dirigida por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. Libro XI. C. XVIII, Pág. 140.

dor la cosa que le había dado en prenda”<sup>46</sup>. Gayo, da una explicación en esta materia, diciendo que el que toma bienes contra la voluntad de su dueño, comete una acción que debe ser penada como delito y lo clasifica dentro del “furtum”, diciendo: “... las obligaciones que nacen de un delito, tales como la de quien hiciera un ‘furtum’, la de quien arrebatara violentamente los bienes (rapina)...”<sup>47</sup>. Agrega: “También, si alguien usa la cosa que le ha sido confiada en depósito, comete ‘furtum’; y también si alguien recibe una cosa con el fin de darle un uso determinado y la destina a un uso distinto, se obliga igualmente por el ‘furtum’...”<sup>48</sup>. Esta opinión, fue recogida por el derecho justinianeo: “Hácese el hurto, empero, no solo cuando uno quita una cosa ajena con el fin de sustraerla, sino en general cuando uno usa de una cosa ajena contra la voluntad del dueño. Así que, ya el acreedor use de la prenda, ya de la cosa depositada aquel en cuyo poder se depositó, ya aquel que recibió la cosa para usar de ella, la haga servir para otro uso que para aquel para el cual se ha dado, comete hurto...”<sup>49</sup>. Esta prohibición de que el acreedor use de la cosa dada en prenda, estriba en que teniendo él la posesión de la cosa dada en garantía, le pesa la obligación de restituirla cuando el deudor cumpliera con su obligación. Así se estableció: “... La propiedad de la prenda queda en el deudor: al acreedor solo se le transfiere la posesión: el deudor también puede usar de ella en precario ó en arrendamiento”<sup>50</sup>; “... Después de pagada la deuda debe el acreedor restituir la posesión de la prenda que tenía en su poder...”<sup>51</sup> (D. 13. 7, 40 & 2). En el mismo acto de convenir la prenda, podía pactarse que ésta no fuera vendida y en tal caso se sancionaba con la pena del hurto al acreedor que violaba este pacto. Según, una disposición del jurista Ulpiano, recogida en el *Digesto*, “... cuando se pactó que no vendiese, el acreedor se obliga a la acción de hurto si la vendiese, si no hubiere denunciado al deudor por tres veces para que pague, y no lo hubiese hecho”<sup>52</sup>.

Respecto del deudor que robaba su propia cosa la que había entregado en prenda, dice Gayo: “Y también puede cometerse el ‘furtum’ de las cosas propias. Por ejemplo: si el deudor sustrajera al acreedor la cosa que le ha dado en ‘pignus’...”<sup>53</sup>. Agrega, “... Resulta de aquí que el acreedor puede accionar por el furtum si el pignus le ha sido sustraído, y esto hasta tal punto que aún en el caso de que el mismo propietario fuera quien sustrajera la cosa...”<sup>54</sup>. Esta opinión, fue recogida en el derecho Justiniano: “... Algunas veces también, uno comete hurto de una cosa suya; por ejemplo si el deudor hubiere hurtado la cosa que dio al acreedor por causa de prenda...”<sup>55</sup> (I. 4. 1. 1. & 10);

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires. Editorial SEA. Pág. 258.

<sup>47</sup> DI PIETRO, Alfredo, *Gaius. Institutas. Texto traducido, notas e introducción por ...* Ediciones Librería Jurídica. La Plata, Argentina, 1967. III. 182. Pág. 256.

<sup>48</sup> Id. III. 196. Pág. 262.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé y ORTEGA, José María, *Cuerpo del Derecho Civil*. Tomo I, que comprende las Instituciones de Justiniano y el Digesto. Barcelona. Establecimientos tipográficos de Narciso Ramírez y Compañía. 1874. *Institutas*. L. IV T. I. Ley Única. & 6. Pág. 56.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ DE FONSECA Y ORTEGA, *cit.*, *Digesto*. L. XIII. T. VII. L XXXV & 1. Pág. 350.

<sup>51</sup> Id. L. XIII. T. VII. L. XL. & Pág. 350.

<sup>52</sup> Id. L. XIII. T. VII. L. IV. Pág. 346

<sup>53</sup> DI PIETRO, *Gaius... cit.*, III. 200. Pág. 263.

<sup>54</sup> Id. III. 204. Pág. 265.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ DE FONSECA Y ORTEGA, *op. cit.*, *Institutas*. L. IV. T. I. Ley Única & 10.

En el tiempo de las *Legis actiones*, la regla general, era que le está prohibido al acreedor tomar bienes de su deudor contra su voluntad; lo que se deduce de que la Ley de Las Doce Tablas haya tenido que autorizar tal proceder de modo expreso, solo en los dos casos que se denominaban *pignoris capio*: “*Por la ley se introdujo la toma de prenda; por ejemplo, la Ley de las XII Tablas contra quien comprase un animal para sacrificarlo a los dioses y no pagare el precio; y también contra aquel que no entregase el precio obtenido por el alquiler de un animal, si tal precio estuviera destinado a pagar una ofrenda, esto es, un sacrificio*”<sup>56</sup> (12. 1). Rascón y García y García González, comentando esta ley dicen: “... *Las XII Tablas supusieron un momento de la evolución en el que, en determinados casos, en lugar de recurrir a un procedimiento de ejecución como conocemos, se prevé la ‘toma de prendas’ o aprehensión de bienes del deudor, si bien es cierto que se trata de supuestos tasados en vista de la particular transcendencia pública que tiene*”<sup>57</sup>. Además, según Gayo, existían otros casos de *pignoris capio*, uno que había sido aceptado por la costumbre militar: “*Ha sido introducida por la costumbre respecto de las cosas de los militares. En efecto, y a causa de las pagas era lícito al soldado, en caso de que el encargado de distribuirlas no las diera, tomarlas en prenda; ...También era lícito tomar prenda sobre el dinero que era destinado a comprar un caballo... Lo mismo ocurría a causa del dinero que se destinaba para adquirir forraje de los caballos...*”<sup>58</sup>; y según el mismo autor, otro admitido por la ley censoria: “...*También la ley censoria ha dado la ‘pignoris capio’ a los publicanos, respecto de los ‘vectigales’ públicos del populus Romano contra aquellos que por alguna ley debieran los vectigalia...*”<sup>59</sup>.

La *pignoris capio*, considerada, como una especie de ejecución privada, se llevaba a cabo, con formalidades consistentes en pronunciar ciertas palabras, en presencia de testigos, en cualquier día, sin necesidad de autorización judicial. Tampoco se necesitaba la presencia del deudor. El acreedor podía tomar en prenda lo que el estimase conveniente.

En la época del procedimiento formulario, en el caso que el deudor se encontrase en mora, podía el acreedor recurrir al pretor y solicitar una autorización para tomar bienes suyos contra su voluntad; Von Ihering dice: “... *El Pretor no ejecuta personalmente ó por medio de lictores, sino que autoriza al demandante a tomar por sí propio las medidas necesarias para hacerse dueño de la persona del deudor del niño, del esclavo; a ponerse en posesión de bienes, á tomar la cosa prometida...*”<sup>60</sup>. Además, explica que esta autorización que emanaba de la potestad del Pretor, impedía al deudor oponerse a la acción que ejecutaba su acreedor, debía acatar, lo ordenado en el respectivo interdicto puesto que su violación lo dejaba sujeto a sufrir una pena: “...*Esta autorización, cuya eficacia estaba garantizada con la amenaza de una pena, se da por regla general, bajo la forma de una prohibición hecha al contrario de oponer resistencia á este acto de justicia privada...*”<sup>61</sup>, el deudor, según Von Ihering, podía defenderse mediante una acción que debía entablar ante el mismo Pretor.

<sup>56</sup> RASCÓN GARCÍA, César y GARCÍA GONZÁLEZ, José María. *Ley de Las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid. Editorial Tecnos. 1993. Tabla XII. 1. Pág. 37.

<sup>57</sup> Id. Observaciones a la Ley de las XII Tablas, 1. Pág. 100.

<sup>58</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, IV. 27. Pág. 294.

<sup>59</sup> Id. IV. 28. Pág. 294

<sup>60</sup> VON IHERING. *Espíritu del Derecho Romano, en las diversas fases de su desarrollo*. Madrid. Editorial De Bailly\_Bailliere é Hijos. 1899. Tomo I. L. I, T. I. C. I & 14, Pág. 196.

<sup>61</sup> Id.

La constitución de prenda en el derecho romano fue siempre convencional. El *Digesto*, recoge la siguiente opinión de Ulpiano: “*Hay contrato de prenda no solo por la entrega, sino también por la convención desnuda, aunque no se haya entregado...*”<sup>62</sup>; el jurisconsulto Paulo, opinaba: “... *que la convención general basta para la obligación de prendas...*”<sup>63</sup>, y que: “*La cosa ajena se puede dar en prenda con la voluntad de su señor; y si dio ignorándole éste, y después lo ratificase, valdrá la prenda...*”<sup>64</sup>. En el mismo sentido una ley del Emperador Antonio: “*Tu hermano no ha podido obligar contra tu voluntad tu porción en la cosa que ha dado en prenda, quedando obligada hacia su acreedor únicamente la suya...*”<sup>65</sup>.

En las *Novelas* de Justiniano, la prohibición de tomar bienes del deudor en prenda de sus obligaciones o para pagarse el acreedor con ellos, aparece claramente desarrollada e inspirada en principios éticos y jurídicos: “*Existe en la república un abuso superior á toda impiedad y á toda avaricia que juzgamos necesario reprimir por una ley general que sirva de remedio, no solo para el presente, sino también para el porvenir. Tenemos noticia de que muchas personas de la provincia que presides no se han avergonzado, en los desgraciados tiempos de carestía de trigos que hemos atravesado, de prestar una pequeña cantidad de granos á los agricultores, apoderándose de sus tierras en garantía...*”<sup>66</sup>. Más adelante: “*Muchas de nuestras anteriores leyes se han dado, para evitar las prendas dadas por causas deshonestas y los embargos odiosos que por este motivo se han practicado: pero á pesar de ello continúa el abuso prohibido por tantas leyes con mas fuerza que si fuera ley en la república.*”; “*Por los mismo mandamos, que nadie pueda tomar en prenda en nuestra república ni en los mercados (donde comúnmente suele cometerse este cato) ni en los campos, ni en las ciudades, ni en los pueblos ni que puedan exigirse de sus habitantes, ni de los labradores en modo alguno; el que se atreviese á tomar oro ú otra cosa alguna de una persona para cobrarse lo que otro le adeudaba, deberá restituir el cuádruplo al que fue víctima de la violencia, perdiendo además el derecho que pudiese tener contra el verdadero deudor...*”<sup>67</sup>. “...ordenamos, que los que hubiesen hecho préstamos á los agricultores en granos ú otros frutos secos, restituyan las prendas por razón de los indicados préstamos, ya se hayan también por escrito o verbalmente, retener las tierras de los deudores... *En consecuencia, también en todo lo que hayan recibido en prenda, bien estas consistia en tierras u otros objetos, tales como bueyes, cabras ó esclavos. Esta ley dá a todos un ejemplo de humanidad y de bondad; al propio tiempo que remedia las necesidades de los pobres, provee al interés de los acreedores*”<sup>68</sup>. En la Constitución 33, Justiniano, aclaró la aplicación de está disposición, en el sentido que debía ser acatada por todos los militares, sin distinción de grado, y además, por todas las autoridades, sin excepción alguna<sup>69</sup>.

El *Código Civil* de Justiniano recoge una opinión del Emperador Constantino Augusto, consultado por Tertuliano, que dice: “*El que con violencia se hubiere apoderado*

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ DE FONSECA Y ORTEGA, *op. cit.*, *Digesto*. L. XIII. T. VII. L. 1 & 1. Pág. 346.

<sup>63</sup> Id. *Digesto*. L. XX. T. I. L. XXIX. Pág. 451.

<sup>64</sup> Id. *Digesto* L. XIII. T. VII. L. XX. Pág. 348.

<sup>65</sup> Id. *Código* L. VIII. T. 21, Ley Única.

<sup>66</sup> Id. *Novelas* 32, prefacio.

<sup>67</sup> Id. *Novelas* 52. Prefacio y C I

<sup>68</sup> Id. N. XXXII. 1.

<sup>69</sup> Id. N. XXXV. XII.

de los bienes ajenos sea castigado con arreglo á las leyes...”<sup>70</sup>; Justiniano recogió opiniones de los Emperadores, Valentiniano, Teodosio y Arcadio, según los cuales: “El que tuviese la audacia de apoderarse de los bienes que poseyese el fisco ú otra persona, sin esperar la sentencia judicial, aun cuando tuviese la propiedad de ellos, deberá restituirlos al poseedor, perdiendo el dominio que tenia sobre los mismos. Si los bienes no le pertenecían, deberá restituirlos á su poseedor, entregándole además su importe”<sup>71</sup>. Otra opinión, recogida en el mismo Código, del Emperador Zenon Augusto respondiendo una consulta formulada por Sebastián, dice: “Con mucho acierto, así una antigua constitución como la presente imponen una pena al que ilegítimamente se ha apoderado de la posesión de otro...”<sup>72</sup>. Otra ley del Emperador Justiniano, dispuso: “Dudando el cuerpo de abogados de Iliria de los que procedía en el caso de que sin autorización judicial se apoderase uno de los bienes de un ausente, ...Queremos, pues, que se apliquen á este caso las leyes antiguas que disponen se castigue como á ladrón al que se haya apoderado de bienes ajenos sin el consentimiento de su dueño, mientras no haya transcurrido el término de treinta años...”<sup>73</sup> (C. 8. 4. 11).

#### b) La prenda pretoria

El origen de la prenda pretoria al que implícitamente alude la parte final del inciso primero del artículo 2392, del *Código Civil* chileno, al permitir que se tomen bienes del deudor contra su voluntad por ministerio de la justicia proviene del derecho romano, como su nombre lo indica. Como se trata de una institución procesal que constituye una excepción a la prohibición en estudio me limitaré a citar dos normas del *Código Civil* de Justiniano que fueron, transcritas en el párrafo anterior, que dicen directa relación con ella, C. 8. 4. 7 y 11.

Otra ley establecía: “Mandamos, que cuando cualquier juez concede la prenda pretoria, esta pueda imponerse no solo sobre las cosas muebles, inmuebles y semovientes, sino también sobre las acciones competentes al deudor”<sup>74</sup>.

Una disposición del Digesto, establecía: “... Si el juez por su primer decreto pusiese alguno en posesión de la casa ó el fundo, retendrá la posesión en lugar de prenda, hasta que se le pague lo que se le debe, ...”<sup>75</sup>.

#### c) La prenda tácita

El primitivo contrato de *fiducia* importaba la transferencia de la cosa que caucionaba la obligación con ciertas formalidades, que debía repetirse una vez cumplida la obligación por el deudor, para que este recuperara la propiedad; pero en el caso de que el deudor tuviera otras obligaciones pendientes con el mismo acreedor, este último podría retener la cosa en garantía de tales obligaciones. Si el deudor intentaba una acción en contra de su acreedor para que se la devolviera, este podía defenderse oponiendo

<sup>70</sup> Id. *Código* L. VIII T. IV. L. V.

<sup>71</sup> Id. *Código* L. VIII. T.IV. L. VII.

<sup>72</sup> Id. *Código* L. VIII. T. IV. L. 10.

<sup>73</sup> Id. *Código* L. VIII. T. IV. L. XI.

<sup>74</sup> Id. *Código* L. VIII. T. XXII. L. 1.

<sup>75</sup> Id. *Digesto* L. XX. T. I L. XI & 1.

una *exceptio doli*. Dice Shom que: “... mediante la *exceptio doli*, negarse a devolver la prenda, aun después de saldada la deuda que aseguraba, mientras el deudor no satisfaga todas las que con él tiene pendientes...”<sup>76</sup>. Según Gayo la retención indebida por parte del acreedor esto es sino había otras obligaciones pendientes, constituía un caso de *furtum*: “y aún si se retiene una cosa creyendo estar en contra de la voluntad de su dueño, pero en realidad éste está de acuerdo en ello, se dice que no se configura el ‘furtum’...”<sup>77</sup>.

Con el tiempo se hizo costumbre pactar en el propio contrato el derecho del acreedor para retener la prenda. En el año 329, el Emperador Gordiano Augusto, fue el primero en dar reconocimiento legal a esta institución, de la prenda tácita, que es también conocida con el nombre de “*pignus Gordianum*”. Esta ley fue recogido en el *Código Civil* de Justiniano: “... Si fuiste puesto en también, mientras el deudor no te devuelva ú ofrezca la cantidad que te debe sin prenda, no estarás obligado á restituirla á causa de la excepcion de dolo malo. Con razon pues sostienes, que no debe oirse á los deudores que te ofrecen solamente la cantidad por la que entregaron prenda mientras no te satisfagan también aquella otra suma que recibieron en calidad de simple mutuo...”<sup>78</sup>.

El *Digesto* se refiere a varios casos de prenda tácita:

- 1) “... se determinó que la casa dada en prenda al acreedor que dio dinero prestado para reedificarla, pertenezca también al que por mandado del señor dio dinero al que la reedificó”<sup>79</sup>.
- 2) “... estarán obligadas en prenda las cosas llevadas y puestas, no solo por las pensiones, sino también si el inquilino deteriorase la habitación por su culpa;...”<sup>80</sup>.
- 3) “... que las cosas que se introdujeron y llevaron á los prédios urbanos, se cree que están obligadas en prenda, como si tácitamente se hubiera tratado...”<sup>81</sup>.
- 4) “En cuanto á los predios rústicos, los frutos que nacen en ellos se entiende que tácitamente están obligados en prenda al señor del fundo arrendado, aunque expresamente no lo hayan pactado...”<sup>82</sup>.
- 5) “Cuando el deudor usa del dinero que se le habia dado sin interés, puede el acreedor retener las usuras legítimas de los frutos de la cosa obligada en prenda”<sup>83</sup>.

El *Código Justiniano*, contempla otros casos:

- 1) “Todos los bienes de los contribuyentes están obligados al fisco como en prenda para el pago de las contribuciones”; “... los bienes de los que tratan con el fisco le quedan obligados como en prenda aun cuando en el contrato no se exprese especialmente”<sup>84</sup>.

<sup>76</sup> SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*. Corregida por L. Mitteis. Madrid 1978. Décimo Séptima Edición. Madrid. L. II. C. III. 57 Pág. 317.

<sup>77</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, III. 198. Pág. 263.

<sup>78</sup> Id. *Código*. L. VIII. T. XXVII. L. 1.

<sup>79</sup> Id. *Digesto*. L. XX T. II. L. I.

<sup>80</sup> Id. *Digesto*. L. XX T. II. L. II.

<sup>81</sup> Id. *Digesto*. L. XX T. II. L. IV.

<sup>82</sup> Id. *Digesto*. L. XX T. II. L. VII.

<sup>83</sup> Id. *Digesto*. L. XX T. II. L. VIII.

<sup>84</sup> Id. *Código* L. VIII. L. XV. L. I y II.



- 2) “...los frutos de los fundos dados en prenda sean prenda también del acreedor, aun cuando no se exprese claramente en el contrato ...”<sup>85</sup>.
- 3) “Mandamos que los muebles del inquilino queden obligados al propietario por el precio del arriendo...”<sup>86</sup>.

## 10. MÁS ANTECEDENTES

### a) El pacto comisorio

Como dije anteriormente, la institución de la prenda en Roma fue evolucionando a partir del contrato de *fiducia*, en virtud de cual el acreedor quedaba en posesión de la cosa y una vez pagado su crédito debía restituirla a su dueño. A este contrato, con el tiempo, las partes le fueron introduciendo modificaciones entre ellas, la “cláusula de comiso”. Dice Sohm: “...si no cumplía a su debido tiempo la obligación, el deudor perdía todo derecho a reclamar la prenda, y el acreedor quedaba desligado del pacto de *fiducia*, adquiriendo la propiedad de la cosa, libre de toda traba...”. Agrega este autor: “... La “prenda comisorio” –llámase así a la dotada de este efecto– debió ser la forma romana primitiva de la institución pignoraticia, como lo fue en Derecho griego y germánico...”<sup>87</sup>, y en nota a pie de página observa que otro autor ha demostrado que la prenda del derecho griego tenía también carácter comisorio (Hitzig, Hermann Ferdinand, *Das griechische Pfandrecht*, 1895) afirmación que está confirmada por investigaciones posteriores. Agrega en la misma nota que el derecho ático convirtió la prenda “comisorio” en prenda “venal”. Entre los romanos, la agregación al contrato de *fiducia* del *pactum de vendendo* permitió la transformación de la cláusula comisorio en venal, permitiendo al acreedor realizar la prenda para pagarse de su crédito, y conservar su derecho a reclamar el déficit que hubiera producido la venta, mientras el deudor mantenía el suyo para reclamar el exceso.

En una ley del *Código Civil* Justiniano, recoge las opiniones de los Emperadores Severo y Antonio: “Si los deudores han cedido á sus acreedores el derecho de que en caso de no pagar en el modo y tiempo determinados podrían apoderarse de sus bienes, no pude acusárseles de violencia si ejercen este derecho...”<sup>88</sup>.

Una ley del *Digesto*, dispuso: “Ticio prestó dinero á Sempronio; y por esta causa recibió prenda; y tratando el acreedor de venderla porque no se le pagaba, pidió el deudor al acreedor, que tuviese por comprado el fundo en cierto precio...”<sup>89</sup>.

Solo en el año 326, fue abolido este pacto por el Emperador Constantino, disponiendo: “Entre otros abusos, el que nace de la ley comisorio en sus disposiciones relativas a las prendas hace muy dura la suerte del deudor, por lo que la derogamos, no queriendo que en lo sucesivo se haga memoria de ella. Tranquilícense pues los que se sintieren victimas de tal abuso, pues por la presente ley prohibimos se reproduzca en lo sucesivo y mandamos se dejen sin efectos sus resultados pasados y presentes.

<sup>85</sup> Id. *Código* L. VIII. L. XV. L. III.

<sup>86</sup> Id. *Código* L. VIII. L. XV. L. VII.

<sup>87</sup> SOHM, *op. cit.* L. II. C. III. 57 Pág. 311.

<sup>88</sup> Id. *Código*. L. VIII. L. XIV. L. III.

<sup>89</sup> Id. *Digesto*. L. XIII. L. VII. L. XXXIV.

*Queremos, no obstante, que los acreedores en virtud de la presente estén obligados á restitución, puedan recobrar lo que hayan dado*<sup>90</sup>.

#### b) Leyes Mosaicas

Encontramos la prohibición de tomar bienes del deudor contra su voluntad, entre las leyes mosaicas. La transcribe el historiador Flavio Josefo, en su famosa obra, se refiere en los siguientes términos: “...*Pero si alguien fuera desvergonzado y no lo devolviera, el prestador no irá a la casa del prestatario a tomar una prenda por sí mismo antes de que se dicte la sentencia sobre el asunto; pero requerirá la prenda, y el deudor deberá llevarla por sí mismo, sin la menor oposición hacia el que viene a verlo con la protección de la ley. Si el que dá la prenda es rico, el acreedor la retendrá hasta que le sea pagado su préstamo; pero si es pobre, la tomará y la devolverá antes de la puesta del sol, especialmente si la prenda es ropa de vestir, para que el deudor pueda usarla como cobertor para dormir. Dios demuestra naturalmente misericordia por los pobres. No será legítimo tomar como prenda una piedra de molino ni cualquier utensilio que le pertenezca, para que el deudor no se vea privado de los instrumentos con que se procura el alimento y quede desamparado en sus necesidades*”<sup>91</sup>.

En las diferentes traducciones de la Sagrada Biblia que he tenido oportunidad de revisar, la versión del texto difiere de la que transcribe Flavio Josefo, probablemente por haberse utilizado distintas fuentes y por haber sido vertido el texto, sucesivamente a diferentes idiomas.

Según el texto de la Sagrada Biblia, traducida al español de la Vulgata Latina y anotada conforme al sentido de los santos padres y expositores católicos, se ordenaba: “*Cuando repitieres de tu prójimo alguna cosa, que te debe, no entrarás en su casa para tomarle prenda*”. “*Sino que te estará fuera, y él te sacará lo que tuviere*”<sup>92</sup>. Hay una nota al pie de página de Felipe Scio, que dice: “*Para que tú no le tomes á tu antojo alguna de las cosas que le sean más útiles, y que le dé pena el darlas, sino que aguardarás fuera que él te dé una prenda á su arbitrio, que sea proporcionada al valor de lo que te debe*”<sup>93</sup>.

#### c) Código de Hammurabi

El editor mexicano de una versión en español del Código de Hammurabi, cuyo traductor, comentarios y fuentes mantiene en al anonimato, incluye una explicación que juzgo interesante transcribir: “*El significado histórico de Hammurabi ha sido realmente extraordinario, no solo por sus grandes dotes de estadista, que reveló poseer y que se reflejaron en las medidas tomadas para la centralización del poder en sus manos sino especialmente por su labor en el campo del Derecho, cuya influencia*

<sup>90</sup> Id. *Código* L. VIII. L. XXXV. L. III.

<sup>91</sup> JOSEFO, Flavio. *Antigüedades de los Judíos*. Barcelona. Impresos en los Talleres Gráficos de la M. C. E. Horeb. 1986. Tomo I. C. VIII. Párrafo 26. Pág. 198.

<sup>92</sup> SCIO DE SAN MIGUEL, I Felipe. *La Biblia Vulgata Latina*, Traducida al Español y anotada. Paris. Librería de Rosa y Bouret. 1857. Tomo I. El Deuteronomio. Capitulo XXIV. Versículos X y XI. Pág. 553.

<sup>93</sup> Id.

pervivió hasta la época romana, al reflejarse muchos de sus postulados legales de un modo clarísimo en la Ley de las XII Tablas. O lo que es lo mismo, durante casi catorce siglos la Humanidad hubo de verse regida jurídicamente, de un modo mas o menos directo, por lo que había codificado el rey babilonio<sup>94</sup>.

El editor mexicano antes mencionado, hace una cita respecto del mutuo, contrato regulado en el Código de Hammurabi, que dice: "... El prestamista que sin tener derecho toma en prenda a su presunto deudor o por tener derecho lo hace morir por malos tratos es severamente castigado..."<sup>95</sup>. Este Código, que fue promulgado por el Rey amorreo, en el año 40 de su reinado dispuso: "Si un señor debe recuperar (una deuda) grano o de plata de (otro) señor y (si), sin el consentimiento del propietario del grano, toma grano del granero o de la era, se probará que ese señor tomó grano del granero o de la era sin el consentimiento del propietario del grano y devolverá todo el grano que cogió; además perderá todo lo que prestó"<sup>96</sup>; hay un comentario, respecto de esta norma, que es interesante transcribir: "El acreedor no podía, en ningún caso, tomar por sí mismo bienes del deudor, ni siquiera cereales, a pesar de que éstos fueran el bien objeto de la deuda"<sup>97</sup>.

Otra disposición, agregaba: "Si un señor no tiene que recuperar (una deuda) grano o plata de (otro) señor y embarga (a algo vivo como) su prenda, por cada prenda pagará un tercio de mina de plata"<sup>98</sup>; "Si se ha apropiado de cereales y (con ello) ha debilitado a los animales, devolverá doblado el grano que haya tomado"<sup>99</sup> (Col. 21. & 254).

#### d) Leyes Sumerias

##### 1) Leyes dictadas por Urukagina

Este rey que gobernó entre los años 2350 y 2300 A. C., promulgó una serie de disposiciones que tuvieron por objeto, según dice Manuel Molina, modificar la reglamentación vigente a esa fecha: "...algunos cambios en la administración, fijar determinados tipos de tarifas y proteger a grupos desfavorecidos de la población fundamentalmente mediante la condonación de las deudas que pudiesen haberles privado de su libertad"<sup>100</sup>. Agrega, que esta medida tenía "...un precedente en Enmetena..."<sup>101</sup>. En razón de estas modificaciones en su legislación vigente en ese momento, a Urukagina se le conoció con el nombre de "Rey justo".

La traducción hecha a los textos, de las versiones I y II, según Molina, presentan una estructura parecida, pues "describen una serie de irregularidades cometidos por funcionarios de la administración, o por otras personas... Urukagina relata, punto por punto y en una correspondencia casi total con lo expuesto en la parte anterior, las

<sup>94</sup> Código de Hammurabi. Cardenas Editor y Distribuidor. México. Primera Edición. 1989. Anónimo. Edición numerada. Pág. 39.

<sup>95</sup> Id. Pág. 64.

<sup>96</sup> Id. Col III. & 113, Pág. 103.

<sup>97</sup> Id. Comentarios al Código de Hammurabi. 318. Pág. 203.

<sup>98</sup> Id. Col III. & 114. Pág. 103.

<sup>99</sup> Id. Col XXI & 254. Pág. 119.

<sup>100</sup> MOLINA, Manuel. *La Ley más antigua. Textos legales Sumerios*. Trotta Edicions de la Universitat de Barcelona. 2000. Introducción. 2 Edictos. Pág. 24

<sup>101</sup> Id.

medidas que ha emprendido para corregir esas irregularidades o abusos”. Según esta explicación, la irregularidad es: “& 6ª Costumbre que permite a los Sanga. Gar apropiarse de los productos de los huertos de una madre pobre”<sup>102</sup>. La reforma del Rey “Abolición de esta costumbre”<sup>103</sup>. Nota a la norma, sin la modificación, según su autor, “Esta versión añade la prohibición de recoger los frutos mencionados”<sup>104</sup>. El autor dice que: “El texto concluye con la proclamación de una amnistía y una condonación de deudas”<sup>105</sup>.

La traducción hecha a la versión II por varios especialistas en la materia incluyendo al autor del libro, en la parte que dice relación con esta prohibición, traducen: “El barquero-jefe se apropia de las barcas; el administrador de los rebaños se apropia de los asnos; el administrador de los rebaños se apropia de las ovejas; el supervisor de la pesca se apropia de...;”<sup>106</sup>.

## 2) Las leyes de Ur-Nammu

Este rey gobernó entre los años 2112-2004 A. C., como era una práctica, al parecer, cada cierto tiempo, debía el Rey, promulgar leyes de condonación de deudas a favor del pueblo, este Rey no fue la excepción, también dictó una serie de normas en favor de su pueblo. Comenta Manuel Molina, que el Prólogo de sus leyes de reforma, dice: “...en un pasaje también mal conservado, y en un estilo similar al de los textos de las ‘reformas’ de Urukagina y las leyes de Lipit Istar, ...”<sup>107</sup>.

Una disposición, de esta Reforma, dispuso: “En ese tiempo, los campos estaban ocupados por los *niskum*, el comercio a larga distancia se hallaba en manos de los grandes barqueros; el pastos se hallaba en manos de los que se apropiaban de los bueyes, de los que se apropiaban de las ovejas, de los que se apropiaban de los asnos... (7 líneas perdidas)”<sup>108</sup>. Otra disposición, de este mismo texto, estableció: “(12 líneas perdidas)... hice regresar; el comercio a larga distancia (que se hallaba en manos de) los grandes barqueros, al pastor (que se hallaba en manos de) los que se apropiaban de los bueyes, de los que se apropiaban de las ovejas 8 y de los que se apropiaban de los asnos, a los acadios, a los extranjeros de Súmer (y Acad), los liberé”<sup>109</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- CLARO SOLAR, LUIS. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado*. Imprenta Nacimiento. Santiago, 1937. T. XI, N° 1096.
- CAPITANT, Henri. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1973.
- DELVINCOURT, M. *Cours de Code Civil*. Nouvellè edition. Tomo II. Revue et Corregèe par L' auteur. Bruxelles. P.J. De Mat, a la Libraire Francaise et étrangère. 1825

<sup>102</sup> Id. &6ª. Pág. 48

<sup>103</sup> Id.

<sup>104</sup> Id. Nota 13. Pág. 56.

<sup>105</sup> Id. Pág. 49.

<sup>106</sup> Id. iii 6 – iv.8. Pág. 50

<sup>107</sup> Id. Pág. 65

<sup>108</sup> Id. Traducción. Pr. 87-103. Pág. 67.

<sup>109</sup> Id. Traducción. Pr. 114 -124. Pág. 68.

- DI PIETRO, Alfredo. *Texto traducido, notas e introducción Gaius. Institutas*. Ediciones Librería Jurídica. La Plata, Argentina, 1967.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires. Editorial SEA.
- GELIO Aulio. *Noches Aticas*. Traducción del Latín, Francisco Navarro y Calvo. Breviarios de Derecho, Colección Dirigida por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.
- JOSEFO, Flavio. *Antigüedades de los Judíos*. Barcelona. Impresos en los Talleres Gráficos de la M. C. E. Horeb. 1986.
- LETELIER MADARIAGA, Valentín. "Proceso evolutivo de la codificación en Chile". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 1, año 1903. Secc. Derecho. Editorial Jurídica de Chile.
- MOLINA, Manuel. *La Ley más antigua. Textos legales Sumerios*. Trotta Edicions de la Universitat de Barcelona. 2000.
- RASCÓN GARCÍA, César y GARCÍA GONZÁLEZ, José María. *Ley de Las XII Tablas*. Estudio preliminar, traducción y observaciones. Madrid. Editorial Tecnos. 1993.
- RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé y DE ORTEGA José María. *Cuerpo del Derecho Civil*. Tomo I, que comprende las Instituciones de Justiniano y el Digesto. Barcelona. Establecimientos tipográficos de Narciso Ramírez y compañía. 1874.
- SERRANO, Luciano. *Cartulario de San Millán de la Cogolla*. Imprenta Aldecoa. Burgos. 1930.
- SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*. Corregida por L. Mitteis. Madrid 1978. Décimo Séptima Edición. Madrid.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Curso de Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile. Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Tomo IV. Santiago de Chile. Ed. Nacimiento. 1942.
- VON IHERING, Rudolf. *Espíritu del Derecho Romano, en las diversas fases de su desarrollo*. Madrid. Editorial De Bailly\_Bailliere é Hijos. 1899.

## DOCUMENTOS

- Actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados*. Imprenta Cervantes. 1904.
- BELLO, Andrés. *Obras Completas*. Tomo III. "Proyecto de Código Civil" Tomo I. Editorial Nacimiento. 1872.
- BELLO, Andrés. *Obras Completas*. Tomo IV. "Proyecto de Código Civil" Tomo II. Editorial Nacimiento. 1872.
- Código de Hammurabi*. Cardenas Editor y Distribuidor. México. Primera Edición. 1989. Anónimo. Edición numerada.
- JORDAN DE ASSO y DEL RIO, Ignacio; DE MANUEL RODRÍGUEZ, Miguel. *Ordenamiento de Leyes, que don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares*. Edición Facsimilar. Madrid. Impresa por Joachin Ibarra, impresor de Cámara de S.M. 1.774.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Fuero Juzgo, en latín y castellano*. Paris. Imprenta de C. Farcy. 1828.
- Las Siete Partidas, Glosadas por el Licenciado Gregorio López*. Edición Facsimilar. Salamanca. Por Andrea de Portonariis.

*Los Códigos Españoles Anotados y Concordados*. Tomo I. Fuero Real. Madrid. Imprenta de la Publicidad. 1847. L. III.T.XIX. LII

MUÑOZ Y ROMERO, Tomás. *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*. Tomo I. Adición I, hecha después del año 995.

*Novísima Recopilación de Las Leyes de España. Mandada formar por el señor Carlos IV. Edición facsimilar*. Impresa Madrid. 1805

SCIO DE SAN MIGUEL, Felipe. *La Biblia Vulgata Latina, Traducida al Español y anotada*. Paris. Librería de Rosa y Bouret. 1857.