

**CONFUSIO Y COMMIXTIO:
BREVES NOTAS EN TORNO A SU TRATAMIENTO
EN EL DERECHO JUSTINIANO***

CLAUDIO BARAHONA GALLARDO
Universidad de Chile
Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano.

Dedicado a mi profesor y maestro don Bernardino Bravo Lira

RESUMEN

El ensayo sirve como una aproximación al tema del tratamiento conceptual de la *confusio* y la *commixtio* en las fuentes justinianas, particularmente en las *Institutiones*, planteando asimismo una relación entre dichas formas de adquirir el dominio sobre las cosas con otras de similares características, como son la accesión entre muebles y la creación de un objeto nuevo (*nova specie facerem*), como asimismo revisar la distinción tradicional que se ha hecho entre *confusio* y *commixtio* tomando como criterio la liquidez o solidez de los objetos mezclados.

Palabras clave: *confusio* - *commixtio* - *accessio* - *nova specie facerem* - Instituciones de Justiniano

ABSTRACT

The essay serves as a proxy for the conceptual issue of treatment of *confusio* and *commixtio* in the Justinianean sources, particularly in the *Institutiones*, also posing a relationship between these ways of acquiring domain over things with others with similar features, as are the accession between moveable things and creating a new object (*nova specie facerem*) and also review the traditional distinction that has been made between *confusio* and *commixtio* using as criteria the liquidity or solidity of the objects mixed.

Key words: *confusio* - *commixtio* - *accessio* - *nova specie facerem* - Institutiones of Justinian

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se han estudiado estas instituciones dentro del marco de las formas de adquisición de las cosas y como expresiones particulares de la *accessio*. Lejos de pretender agotar el tema, este trabajo intenta plantear ciertas cuestiones en torno a la interpretación de ciertos textos de las *institutiones* justinianas en lo que toca a los vocablos utilizados por los juristas y los compiladores bizantinos para designar el proceso de mezcla y los problemas surgidos en torno a las correspondientes soluciones procesales.

* Agradezco al profesor Francisco Samper Polo sus comentarios y observaciones sobre este ensayo. Naturalmente, cualquier tipo de error resultante queda a cargo mío.

A modo de iniciar este trabajo, conviene trazar siquiera en términos generales algunos conceptos referidos al tema. En general, los autores han definido tanto *confusio* como *commixtio* como un fenómeno físico, material, y naturalmente, aunque los juristas romanos no tenían una idea muy avanzada al respecto, también químico. Dicho fenómeno es la mezcla de masas (*massae*), ya sean que éstas sean sólidas o líquidas. A partir de ello es que sobrevienen consecuencias jurídicas, básicamente, cuando las masas mezcladas pertenecen a distintas personas. Tradicionalmente, además, la mezcla se distingue entre si se hizo en base a materias sólidas o líquidas. En el primer caso, se habla de *commixtio*; en el segundo, estaremos en presencia de una *confusio*. Las masas deben ser fungibles, cuando se les considera individualmente, aún cuando no sean fungibles entre sí. Deben ser además, por supuesto, susceptibles de mezcla. Por ello, se habla de mezcla de oro con plata y de la ocurrencia de *confusio* en este caso, de la misma manera si se mezclaran dos barras de plata o dos de oro.

Ahora bien, las mezclas descritas, *confusio* y *commixtio*, eran fáciles de identificar como proceso, pero para los juristas distinguirlas tajantemente de otras figuras similares no lo era tanto. Ambas están muy cercanas a lo que podría considerarse un caso de accesión, particularmente de la llamada accesión de mueble a mueble. Y sin duda es la *nova species* la que más se asemeja, y en la práctica se halla separada sólo por la consideración de circunstancias fácticas¹. Y aun cuando la *confusio* y la *commixtio* presentan notas distintivas, no se entienden separadas de la *accessio*, lo que deriva en una relación de especie a género.

La razón para ello estriba, por una parte, en que la *accessio* nunca tuvo un desarrollo conceptual muy preciso en la jurisprudencia. De un modo lato, la accesión designaba para los juristas romanos una miríada de casos en que las cosas que pertenecían a distintos dueños se encontraban en algún momento físicamente unidas una a otras². Como el derecho romano no elabora una teoría general de la accesión, no se utiliza este término en sentido técnico, siendo los comentaristas medievales los que realizaron a la larga una labor de síntesis sobre los casos específicos resueltos en la época clásica³. Considerando los juristas a la accesión como una forma de adquisición de la propiedad, materialmente ésta se realizaba por efecto de la conjunción de dos cosas, en la que una se consideraba como la ‘principal’ y otra la ‘accesoria’; esta última era absorbida por la cosa principal, de tal modo que se convertía en parte o elemento constitutivo de ella. Propietario del todo es el propietario de la cosa principal; siguiendo el principio de *accessio cedit prinipali*. A decir de Bonfante, es posible distinguir en las fuentes dos fases o figuras de accesión. Si la fusión de las dos cosas es según un criterio social orgánica, o sea que el todo constituye un cuerpo simple, de modo que las dos cosas no puedan separarse nunca, volviendo a adquirir la precisa individualidad de antes, o sea, como dicen los romanos, volviendo a la *pristina causa*, entonces la adquisición es definitiva; si la conjunción aparece mecánica y el todo un cuerpo compuesto, en este caso el que era propietario de la cosa accesoria puede obtener su completa separación, de la que se ha hecho parte

¹ Sobre la *nova species* vid. VAN DER MERWE, Cornelius, “Nova species”, en: *Law For All Times: Essays in Memory of David Daube, Roman Legal Tradition*, 2004, vol. 2, pp. 96-114. Asimismo, en un trabajo más acotado, pero también sobre el tema, METZGER, Ernest, “Acquisition of Living Things by Specification”, en: *Edinburgh Law Review*, N° 8, pp. 112-115, 2004.

² KASER, Max, *Roman Private Law*. Durban: Butterworths, 1965, p. 110. Cfr. D. 6.1.23; 41.1.3. 4-6; 10-13; G. 2. 70-78; Ins. 2.1.23-24; 29-34.

³ OURLIAC, Paul; DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y francés histórico*. Barcelona: Bosch, 1960-63, t. II, p. 506. Vid. además BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano* (traducción de la 8ª ed. italiana). Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951, pp. 259-260, n. 2, “Propiamente el nombre no es romano. *Accessio* significa para los romanos una conjunción o relación cualquiera e cosa a cosa, sea una de ellas parte o cosa accesoria esto es, no ligada formando unidad con la cosa principal”.

constitutiva, mediante la *actio ad exhibendum* y luego intentar la *reivindicatio*: o sea que la adquisición es resoluble⁴.

La distinción mencionada arriba no es la única. Tradicionalmente, en miras a explicar los casos en los que hay accesión la distinción clásica se refiere a la característica de movilidad o inmovilidad que tengan las cosas que se unen; sin embargo, los juristas no trabajaron sobre la base de distinciones de aquella clase⁵. La accesión entre inmuebles considera los casos en que una pura ocurrencia natural, como la isla nacida en medio del río. Pero son raros cuando se les compara con uno de *satio* (accesión de mueble a inmueble) o uno de *pictura* o *tinctura* (ejemplos de accesión entre muebles). Los casos más sencillos de accesión, los de mueble a mueble, eran de una relativa escasa frecuencia; cuando dos cosas de distintos dueños se unían, sin que mediara el consentimiento, y éstas se podían separar, se llamaba a esto genéricamente como *commixtio*: la separación simplemente se hacía, y el objeto producido por la unión no resultaba en propiedad común ni había cambio de propiedad, según se desprende de D. 41. 1. 12. 1 y de 6. 1. 23. 5. Si había intervenido el consentimiento, se presumía la cosa como común, y no había *accessio* en ninguno de los dos casos.

Veamos ahora la relación que existe entre la accesión de mueble a mueble y la mezcla de las cosas. Por una fusión inseparable de cosas sólidas o una mezcla de líquidos o metales derretidos, se originaba una situación de condominio en proporción a la cantidad de los elementos constitutivos aportados. Pero si dicho proceso había tomado lugar sin intención (por error o por acto de tercero, por ejemplo), entonces el dominio anterior que se tenía sobre uno de los materiales componentes de la mezcla era tratado como subsistente y sin cambios con respecto a la cuota, y la parte que no estaba en posesión del producto resultante se le permitía una *vindicatio pro parte* por su cuota en la cantidad total contra el poseedor (Ulp. D. 6.1.3.2; 5 pr.); esto es, que la adquisición que se hacía por accesión no siempre era definitiva⁶. Ya vimos como *accessio* puede ser descrita como la adquisición de una cosa por su incorporación en algo que es nuestro. La accesión entre mueble trata sobre la unión de dos elementos; ahora debe atenderse si la separación de dicha unión es practicable. Esto deviene en un criterio para separar *commixtio* de *confusio*. Si puede haber separación, se considerará *commixtio* y no habrá *accessio*. Si fue hecha mediando el consentimiento, la mezcla es de dominio común. Si no lo hay, no hay un verdadero cambio de dominio, y el acto puede ser considerado un *furtum*, por la apropiación de materiales ajenos para realizar la mezcla. Si la unión es tal que la separación no es practicable, se llamará *confusio* e igualmente no habrá *accessio*. Tanto si hay como no consentimiento la propiedad resultará en común. Pero hay aquí una excepción. Si es que uno de los elementos es meramente accesorio del otro sí hay *accessio*. Es fácil suponer que la línea divisoria de lo que puede ser considerado separable o no es una de constante cambio. La pregunta acerca de si en un caso determinado una cosa era accesorio de otra, o si dos cosas eran separables eran una cuestión de hecho, regida por ciertos principios rectores.

⁴ BONFANTE, Pietro, *op. cit.* (n. 3), pp. 259-260.

⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. I, pp. 437-438. Los juristas hacían una distinción entre *fundi* (bienes raíces) y *ceterae res* (el resto de las cosas, las muebles). Las expresiones *res immobiles* y *res mobiles*, si bien eran conocidas en época clásica, vinieron a prevalecer sólo en época postclásica (*vid.* D. 19.2.48.1, a modo de ejemplo) Además, véase SAMPER, Francisco, *Derecho Romano*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 127, quien señala la prevalencia de la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* en el derecho antiguo por sobre *fundi* y *ceterae res*.

⁶ En este sentido, OURLIAC, Paul; DE MALAFOSSE, J., *op. cit.*, (n. 3), p. 506. También en JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang, *Derecho Privado Romano* (traducción de la 2ª alemana). Barcelona: Editorial Labor, 1965, p. 188.

Muchos intentos se hicieron para encontrar un principio sobre el que determinar si una adición era accesoria o no⁷.

Como puede verse, la distinción entre una accesión entre muebles y un caso de *commixtio* o *confusio* era un asunto que los juristas zanjaban basados más en observaciones materiales que en principios definitivos⁸. La *commixtio*, entendida como un concepto general, interesaba al jurisconsulto cuando las cosas mezcladas pertenecían a distintas personas. Para algunos autores, para que pueda decirse que real y verdaderamente se adquiere la propiedad por medio de una mezcla, se requiere que no se haya formado una especie nueva, o que aquella, de la que resultó una nueva especie, fuese debida al acaso. Si de la mezcla hecha por uno de los propietarios o debida al acaso, no ha resultado una especie nueva y las cosas mezcladas pueden separarse, no se realiza modificación alguna en la propiedad y cada uno de los propietarios puede reivindicar las cosas que le pertenecen⁹.

Ya vimos la relación que existe entre la accesión y mezcla. Hagamos, entonces, algunas observaciones sobre la relación existente entre la mezcla y la creación de una cosa nueva. Si un nuevo tipo de cosa era producida a partir de otra, se hablaba de especificación¹⁰, lo que ocurría, según ejemplos de los mismos juristas, cuando se hacía vino a partir de uvas, o un vaso a partir de una barra de metal. La exacta definición de una *nova species* es difícil. Los juristas no la definieron en concreto, y se limitaron más bien a proporcionar ejemplos en los cuales se podía observar la creación de un objeto nuevo; tenían un problema, por ejemplo, sobre si el grano sacado de la espiga era una *nova species*, aunque finalmente aceptaron que no: era meramente un artículo sacado de su envoltura. El punto de vista más aceptable es la que dice que debe haber una manufactura definida y completa.¹¹ El término *nova species* aparece *in fine* en D. 41.1.7.7 (G. 2 rerum cott.), pero no así en el resto de los textos, en donde se habla más bien de *aliquam species, suam speciem non pristinam non continet, species mutata* y de *aliud sit materia, aliud navis*¹². Es razonable suponer que los juristas tenían claro que la distinción entre *nova species* y *commixtio* o *confusio* era una cuestión de apreciación de las circunstancias materiales. El material en parte preparado para formar un producto puede por sí mismo, para otros propósitos, ser un producto terminado. Así en la hechura de vino, el jugo exprimido, no fermentado, es en sí un fluido potable¹³. En pocas palabras, especificación es la transformación de una materia prima de tal modo que permita sacar de ella un objeto que tenga una esencia propia y distinta.

Para regular el problema típico de la creación de una *nova species*, esto es, cuando aquella era hecha por una persona utilizando materiales ajenos (y sin que mediara el consentimiento del dueño de los materiales), las escuelas proponían soluciones opuestas. Los sabinianos

⁷ BUCKLAND, W. W., *A manual of Roman private law* (2ª ed.) Cambridge: At the University Press, 1957, pp. 139-140.

⁸ Al respecto, *vid.* ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Desalma, 1952, pp. 212-214. El autor señala que los principios aplicados por los juristas eran más consistentes en los casos de accesión entre inmuebles, mientras que la que ocurría entre muebles se regía por criterios no compartidos entre las escuelas.

⁹ SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano* (versión española de la 6ª edición italiana). Barcelona: José Espasa, s.f., t. I, pp. 380-382.

¹⁰ El término no es clásico. Aunque derivado del derecho romano, es en realidad un neologismo acuñado por los juristas medievales a partir de la frase *speciem facere*: 'producir una especie'.

¹¹ VAN DER MERWE, *op. cit.* (n. 1), p. 99.

¹² *Cfr.* D. 41.1.12.1; 6.1.5.1; 41.1.24; 13.7.18.3. Sobre el concepto de *species* y su tratamiento por los juristas *vid.* PEROZZI, Silvio, *Scritti Giuridici (a cura di Ugo Brasiello)*. Milán: Dott. A. Giuffrè - Editore, 1948, t. I, pp. 245-251.

¹³ BUCKLAND, *op. cit.* (n. 7), pp. 143-144.

sostenían que la cosa continuaba su existencia, y otorgaban el dominio al propietario de la materia prima. Los proculeyanos, al contrario, asumían que era una nueva cosa y se la daban al hacedor como si éste fuera un *occupans*. Kaser sostiene que ya desde la época clásica tardía puede hallarse la *media sententia* que posteriormente Justiniano adoptó, de acuerdo con el cual la cosa se le entregaba al hacedor sólo si ésta no podía ser reducida a su estado anterior. Según este autor, ésta era una solución poco práctica, porque no tomaba en cuenta el valor por mejora que usualmente involucraba la especificación¹⁴.

Entre accesión y especificación existía también una estrecha relación. Realizar una separación intelectual (y material) entre lo principal y lo accesorio no era siempre fácil. Eran las necesidades de la práctica y el interés general las que justificaban las soluciones adoptadas en materia de accesión de inmueble a inmueble o de mueble a inmueble, permitiendo distinguir lo principal de lo accesorio. Pero en el caso de que se incorpore un mueble a otro, la distinción se vuelve más difícil¹⁵. La accesión de una cosa mueble a otra, tanto por la variedad de los casos de aplicación como por la multiplicidad de los puntos de vista en los que puede establecerse, impide formular reglas suficientemente precisas¹⁶. Las mencionadas formas de adquisición comparten como principal denominador, por una parte, el hecho de que involucran una problemática común, la que se origina a raíz de la disposición de materiales ajenos, en la mayoría de los casos, puesto que la accesión también lidia con ciertas situaciones que no involucran el actuar de una persona, ya sea que ésta actúe sin el consentimiento de otra o intervengan circunstancias fortuitas (lo que ocurre en el caso de la *insula in flumine nata*), y es por ello que se le reconocen notas especiales¹⁷; por otro lado, utilizar materiales ajenos para crear algo nuevo, como una barra de plata para fundirla y hacer un vaso, o tomar semillas de otro y plantarlas en mi fundo, supone dilucidar a quién corresponderá el dominio del producto resultante, o en qué proporción, y por otro, cuáles son las acciones que se otorgan para la protección del dominio, la división de una cosa común o la indemnización pertinente en el caso de el uso, adquisición o disposición dolosa de materiales ajenos. Este tópico en particular era bastante discutido en el derecho clásico, sobre todo en casos de *novam specie facerem*. La disputa entre sabinianos y proculeyanos estaba sin duda alimentada por una controversia filosófica, si es que la esencia de una *res* es una *substantia* o una *forma*, lo que significaba determinar si un vaso es un vaso

¹⁴ KASER, *op. cit.* (n. 2), p. 112. La solución está recogida en G. 2.79; D. 41.1.7.7; Inst. 2.1.25 y D. 41.1.24-26 pr. “En esta solución, el problema acerca de si el anterior dueño podía o no reivindicar la cosa porque era (eventualmente después de su restauración) identificable como suya, jugaba una parte. En la controversia de las escuelas los Sabinianos parecían dar primacía al punto de vista Estoico, haciendo más importante a la materia, mientras que los Proculeyanos se inclinaban por mantener que era la forma lo que primaba, siguiendo en esto los postulados de la escuela Peripatética”. También sobre este punto BONFANTE, *op. cit.* (n. 4), pp. 267-269. “Un mueble de ébano, una estatua de mármol son, según el criterio arriba expresado, cosas nuevas y pertenecientes al especificador: una copa de plata, una estatua de bronce pertenecen, en cambio, al dueño de la plata o del bronce, porque los metales se pueden fundir y reducir al estado primitivo, con una perfección tal, que se pueden volver a elaborar como nuevos objetos sin dificultad alguna. El criterio de la reductibilidad no es en sí mismo equivocado, si se considera la perduración o no de la materia desde el punto de vista económico e industrial, pero no es oportuno, y frente a este eclecticismo, la pura teoría sabiniana es prácticamente superior”.

¹⁵ Interesantes observaciones al respecto en MADERO, Marta, *Tabula picta. Painting and writing in Medieval law* (trad. por Monique Dascha Inciarte y Roland David Valayre). Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2010, pp. 28-46.

¹⁶ OURLIAC, Paul; DE MALAFOSSE, J., *op. cit.* (n. 3), pp. 507-508.

¹⁷ En este punto, consúltese a KNUTEL, Rolf, “Islas flotantes, árboles errantes, animales fugitivos y tesoros ocultos. Sobre el método de los juristas romanos en el desarrollo de reglas jurídicas aún vigentes”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 19, Valparaíso, pp. 15-20, 1997.

hecho a partir del bronce, o una cantidad de bronce con la forma de un vaso. De acuerdo con la solución justiniana, la cosa pertenecía al hacedor si, por un lado, era irreducible a su estado anterior, y por otro, era realmente una *nova species*, en donde *species* significaba objeto. Por tanto, la masa de metal convertida en vaso era reducible al material de nuevo y aunque es claramente una *nova species* no era adquirida por el hacedor¹⁸.

Por todo lo dicho, es que no hay un problema de *confusio* o *commixtio* propiamente tal cuando quien realiza la mezcla es el mismo dueño de los materiales, pues debiese admitirse como una manifestación de la facultad de disposición material sobre las cosas, inherente al dominio, lo mismo que ocurre si el que crea una cosa nueva lo hace con materiales propios. Dicha disposición material sobre los elementos que sirven de base será total o parcial dependiendo de si existe una posibilidad razonable y practicable de poder separar la mezcla y revertirla a sus componentes. Por tanto, no es lo mismo mezclar dos medidas de vino que fundir cobre con estaño. En circunstancias regulares, la mezcla de vino con vino hecha por el mismo dueño puede considerarse un acto de disposición material parcial, en consideración a la fungibilidad objetiva y que es dable de contarse, pesarse y medirse. No ocurriría lo mismo en el caso de la aleación que resulta en una barra de bronce, lo que debiese ser aceptado como un acto de disposición material total, al menos en vista de la imposibilidad técnica de los romanos en revertir dicha mezcla. En verdad, el problema surge cuando los materiales pertenecen a distintos dueños. Ese es un primer factor a considerar. Puede surgir una *communio pro indiviso*, así como una *communio pro diviso*. Incluso, según los proculeyanos, un nuevo dominio a título singular a favor de uno de los dueños. Ésta última solución se da cuando el producto resultante puede considerarse una *species* distinta. Cuando ello ocurre, nos encontramos frente a un problema de *specificatio*, no de *confusio* o *commixtio*.

2. SOBRE EL CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE *CONFUSIO* Y *COMMIXTIO*

Como indica Guzmán Brito¹⁹, Gayo hace uso de los verbos *mascere* (D. 41.1.7.8) y *confundere* (D. 41.1.7.9), traducidos, respectivamente, como “mezclar” y “confundir”. Paulo utiliza *confusum atque commixtum* (citando a Pomponio, en D. 6.1.3.2). Ulpiano habla de *confundere* y *commiscere* (en D. 1.6.5 pr. 1, también citando a Pomponio). Pero no resulta fácil deducir a partir de estos textos la existencia de algún criterio plenamente diferenciador. Los verbos referidos no hacen por sí mismos una alusión física con respecto a la materialidad de los elementos mezclados (como si la mezcla fuese entre sólidos o líquidos). Este autor sostiene que Justiniano (citando Inst. 2.1.27-28) es al parecer quien utiliza de entre todos un criterio uniforme, el que sin embargo no está basado en lo que llamaríamos hoy en día como “estado de la materia” de las masas. *Confundere* es utilizado cuando lo unido son materias de igual o distinto género, pero de tal naturaleza que forman un todo homogéneo, de manera que ni en teoría se pueda saber cuál parte pertenecía a cada dueño, lo que ocurre cuando se mezclan, por ejemplo, vino con vino, plata con plata y oro con oro. También en el caso del mulso, el que resulta de la mezcla de vino con miel. *Miscere* es utilizado cuando las materias mezcladas son tales que, al menos intelectualmente, se las puede considerar en su individualidad, como

¹⁸ BUCKLAND, *op. cit.* (n. 7), pp. 143-144. El autor plantea el siguiente caso: “Si A derrite el vaso de B y la hace estatua, es una *nova species*, pero ¿es irrecutible y así adquirible? Si se piensa como una sola operación lo es, porque el vaso original no puede ser restaurado. Pero cuando fue derretido el material era todavía de B y en ese sentido *ad materiam reverti potest*. El caso no se discute”.

¹⁹ GUZMÁN BRITO, *op. cit.* (n. 5), p. 549.

cuando es unido trigo con trigo, ya que cada grano retiene su individualidad y no se confunde con los demás.

En los casos descritos, según las disposiciones bizantinas, el todo resultante se considera en comunidad, salvo en el caso del trigo. Guzmán Brito concluye que el criterio de Justiniano fue éste: si las materias se con-funden, hay comunidad, y si se mezclan, no la hay²⁰. Esta solución admite algunos comentarios. En D. 6.1.3.2 se lee *confusum est atque commixtum*, lo que se traduce, como ya vimos, por (cosa) confundida y mezclada. Esto sobre cosas de la misma naturaleza, y a modo de ejemplo se habla de las barras de plata. Cierto es que a partir de este pasaje no se alcanza a apreciar un criterio diferenciador en estas expresiones, utilizadas en forma indistinta. De existir una diferencia categórica, ésta quizás está dada por la sustancia de los materiales. Las barras de plata son materiales que requieren de un proceso previo para poder mezclarse, la fundición en este caso. No entra en consideración el proceso material de mezcla, lo que probablemente se deba a que Pomponio estaba pensando en la cuestión de la distinción entre conjunciones como un problema de identidad de las materias componentes, como si las dichas fueran de igual o distinto género, más que en si éstas fueran sólidas o líquidas. Si éste fue en efecto el criterio diferenciador, eso explicaría que se utilice *quod eiusdem naturae est*, denotando una diferencia en cuanto a sustancia. En D. 6.1.5 pr. 1 se habla de *confusum*, utilizando de ejemplo el trigo. Pero en este pasaje ya no se habla de cosas ‘de la misma naturaleza’, sino que se habla más bien del factor consensual como determinante, en vista de si la mezcla final fue producto voluntario o no. Siendo estos textos citas del mismo autor, Pomponio, se observa que primero utiliza como ejemplo las barras de plata y luego el trigo. Esto no nos dice mucho acerca de un criterio en sí mismo, y resulta poco claro porqué tiene un tratamiento especial para el grano, que no sea el apuntado por Guzmán. Es posible reconocer como una aproximación elemental que tanto las barras de plata como el trigo son sólidos, y de ahí que *commixtio* se refiere a la mezcla de tales.

Por otra parte, lo expuesto dice relación con el criterio de fungibilidad o de no fungibilidad que puedan tener los componentes. Cuando una cosa es no fungible, entendemos que ella está dotada de una individualidad tal que la hace plenamente identificable por sí misma. Por tanto, es insustituible y, además, inconfundible, en el sentido de que una cosa así no puede ser tomada por otra distinta. Las contrarias son las cosas fungibles, ya sea por actos de la naturaleza (como los frutos de un árbol) o por acción del hombre (como los jarrones que en serie produce un alfarero). Cosas fungibles para la jurisprudencia romana, por antonomasia, son el trigo y el vino, por ejemplo, y también las ovejas de un rebaño. No es coincidencia que sean éstas la clase de

²⁰ *Ibid.*, p. 549. Vid. además SERAFINI, Felipe, *op. cit.* (n. 9), pp. 381-382. Serafini utiliza la distinción entre sólidos y líquidos de los materiales usados en la mezcla para elaborar su teoría, que aparece como artificiosa, sin embargo, apunta el tema en forma similar a Guzmán Brito. “En la primera hipótesis (sólidos) la mezcla queda de propiedad común a los dueños de las materias que la componen, y cada uno de éstos tiene en aquella una parte intelectual de propiedad, proporcionada a la cantidad de materia propia que ha entregado en la mezcla. En la segunda hipótesis (líquidos) precisa subdistinguir, entre si las cosas se han mezclado de modo que con certeza pueda decirse que cada una de las partículas pertenecientes a los antiguos propietarios se hallan en determinado lugar, como por ejemplo, si se mezclan los granos de dos substancias haciendo un solo montón, o si en cambio la mezcla es de tal naturaleza que sea imposible, no sólo distinguir cada una de las partes pertenecientes a cada propietario, sino también saber donde se hallan. En el primer caso, naturalmente no hay modificación alguna de la propiedad, mas para separar los objetos propios de uno de los del otro, corresponde a cada uno una reivindicación por el tanto que de su propiedad hay en la mezcla; en el segundo caso la propiedad de las cosas mezcladas pertenece al que las mezcló. Este último caso ocurre frecuentemente en la mezcla de dinero. Si de la mezcla debida al acaso resulta una especie nueva, ésta pertenece en común a los dueños de las cosas mezcladas”.

cosas que se utilizan para mostrar casos a propósito de las mezclas, y además en los casos de acción reivindicatoria: ésta última requiere de un objeto específico para poder reclamar²¹. Los objetos fungibles no son específicos en cuanto se les considera como tales: en circunstancias normales, el trigo puede ser cambiado por una cantidad igual, y de una calidad similar, del mismo elemento, y para efectos del cumplimiento de obligaciones el resultado será satisfactorio. Ahora bien, en lo que toca a las mezclas, es lo más probable que los juristas hayan tenido esto en mente al momento de construir las soluciones procesales. Si una barra de plata cualquiera, no marcada y no numerada, es fungible, una barra de oro cualquiera también lo es, pero la plata y el oro no son fungibles entre sí. Las cosas no fungibles pueden mezclarse entre sí, siempre y cuando su naturaleza sustancial admita tal posibilidad. Esto es relevante para los juristas en la medida en que se atiende a otros factores, pero no a las cosas mismas: por supuesto, una barra de oro marcada se mezclará con una barra de plata no marcada y la masa resultante no será esencialmente distinta. Sin embargo, hay objetos que no son fungibles y que materialmente no podrán ser mezclados, lo que ocurriría, por ejemplo, con obras de artes originales y únicas. Es necesario reconocer, entonces, que las cosas usadas a modo de ejemplo en los pasajes citados corresponden a aquellos objetos que caerían en la categoría de los fungibles, en circunstancias regulares.

Consideremos, además, el asunto de la relatividad del concepto de la fungibilidad. El ejemplo de las monedas guardadas en un arca cerrada e identificable que dejan de ser fungibles demuestra que no puede hablarse en términos absolutos cuando se considera la fungibilidad como un criterio para separar *confusio* y *commixtio*. Esto es, hay objetos que por naturaleza son fungibles pero que por circunstancias artificiosas dejan de serlo; ello ocurre también cuando interviene el criterio personal del dueño de algo fungible. En vista de ello, es que los juristas hablan de género o de cosas “que consisten en peso, número o medida”, o de “otro tanto” o cosas “del mismo género y calidad”. Todo ello en oposición a *specie*, una cosa particular. Sí existe un paralelo entre las cosas fungibles y las que se mezclan o confunden. No es casual que unas y otras se correspondan en los ejemplos que dan los juristas. Esto se deba probablemente a la concepción de que el género siempre subsiste, y no así la especie: una mezcla irreversible es tal cuando no se puede reducir a sus componentes originales; la *pristina specie* puede ser una cosa fungible. La mezcla no resultará irreversible cuando se mezcle trigo, por ejemplo: es fácil saber que si se confunden dos medidas de trigo, pues se puede dividir el volumen restante. El punto es, que si el trigo era no fungible, y éste se mezclara, el resultado es el mismo: el trigo de tal silo no puede identificarse con tal criterio si se mezcla con cualquier otro trigo.

¿A qué debemos el criterio diferenciador de Justiniano? Justiniano abandona la idea de que la diferencia recaiga en el estado de la materia que tengan los componentes de la mezcla. Confundir conlleva a mezclar haciendo irre recuperables los elementos integradores. Mezclar permite dicha recuperación. Cuando la acción reivindicatoria se entiende como la forma de reclamar objetos específicos, entonces tiene mucho sentido saber si dos o más cosas se confunden o se mezclan, esto es, si podemos identificar y separar los componentes o no. En muchos casos, esto no iba a ser posible: la separación del trigo es materialmente posible, pero no lo es identificar cada grano individualmente considerado. Se debe considerar que por *pristina materia* los juristas entendían la materia primitiva, la que no había experimentado cambios. Es dudoso que se considerara *nova specie* (o sólo *specie*) a una mezcla de trigo con trigo: hay, naturalmente, un incremento en el volumen del trigo, pero no un cambio de sustancia. La fungibilidad del trigo salva esta dificultad. Sí hay una *species* en el caso de las aleaciones de distintos metales: plata con plata origina una masa de plata más grande que la anterior, pero cobre y estaño forman algo distinto a sus elementos.

²¹ Cfr. D. 6.1.6 (Paul 6 ed.).

3. COMPARACIÓN TEXTUAL ENTRE INST. 2, 1, 25; 2.1.27 Y 2.1.28

Procedamos ahora a realizar unas breves observaciones con respecto a los textos justinianos referidos al tema en cuestión.

En Inst. 2. 1. 25 se lee:

Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utram is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit: ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse qui materiae dominus fuerat; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, velut ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

“Cuando con la material que otro ha hecho alguno una cosa nueva, se puede preguntar: ¿quién debe por razón natural ser el propietario de ella; el que la ha hecho o aquél que fuese el dueño de la materia? Por ejemplo, uno ha hecho vino, aceite o trigo con las uvas, las aceitunas o las espigas de otro; un vaso con el oro, la plata o el metal de otro; una bebida (mulso) mezclando el vino y la miel de otro; o bien con medicamentos ajenos haya preparado un emplasto o colirio; con la lana de otro se haya tejido un vestido; o con las tablas de otro haya construido una nave, un armario o una silla, y después de muchas controversias entre los Sabinianos y los Proculianos, ha prevalecido la opinión de los que tomando un justo medio juzgan que si la cosa es capaz de por su naturaleza de poder convertirse a su estado de materia bruta, debe considerarse como propietario de ella aquel a quien pertenezca la materia, y si no puede reducirse, debe considerarse como propietario de ella al que la ha hecho. Por ejemplo, el vaso de metal puede reducirse a una lámina de metal, de plata u oro; mas el vino, el aceite y el trigo no pueden reducirse a uvas, aceitunas ni espigas. Ni la bebida de vino y miel (mulso) puede descomponerse en estas materias. Cuando se ha hecho una especie nueva con parte de materia propia y parte de ajena, como por ejemplo, una bebida con vino suyo y miel de otro, o un emplasto o colirio con medicamentos suyos o ajenos, o un vestido con lana propia o ajena, no cabe duda en este caso de que es propietario de la cosa el que la ha hecho, pues no sólo ha puesto su trabajo, sino también parte de la misma materia”.

Con este pasaje se alude al caso de la *nova species*: dar a una materia una forma distinta de la primitiva, como consecuencia de la cual surge otra nueva (*novam speciem facere*). La nota característica de la fabricación en este pasaje es la intervención de una persona, quien opera sobre una sustancia o materia determinadas que le sean ajenas. Los ejemplos citados en

el pasaje resultan ser los mismos que se encuentran en G. 2. 79, y en ambos casos apuntan a lo mismo: artificios humanos y disposición en dicha operación de materiales ajenos, lidiando asimismo con el problema de la atribución del dominio. Para los efectos de nuestro estudio, lo más relevante de este texto es que toma el criterio de la irreversibilidad de la transformación como el definitivo para establecer el dominio de la especie resultante, y no el consentimiento. Esto es importante en la medida en que, si bien dicha solución es la regular para resolver el problema del dominio, la aplica también a casos en los que hay verdaderamente una mezcla que resulta en *confusio* o *commixtio*, como pasa con el mulso, irreductible según el texto. La solución que los juristas dan a la especificación es la misma en todos los casos: la atribución de dominio a una sola persona sobre la cosa creada, nunca la comunidad sobre la misma.

En Ins. 2.1.27 se señala:

Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus quod ex confusione fit utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint. sed si diversae materiae sint et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum aut ex auro et argento electrum, idem iuris est: nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. quodsi fortuitu et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit.

“Si materias de dos dueños hubieren sido confundidas por voluntad de ellos, todo el cuerpo que se forme por la confusión es común a ambos, como si algunos hubieren mezclado sus vinos o fundido juntas masas de plata con oro. Mas, lo mismo sucede si las materias fueren diversas y por ello se hubiera creado una especie distinta como mulso, de vino y miel, o electro, del oro y la plata; porque no se duda que también en este caso es común el objeto nuevo. Mas si fortuitamente, y no por la voluntad de los dueños, se hubieren confundido materiales diversos o los que son del mismo género, se decidió que tuviera aplicación la misma regla del derecho”.

Lo relevante del pasaje es la utilización de la palabra *confusae* para designar un proceso que, en principio, se utiliza tanto para sólidos como para líquidos, fungibles ambos (vino, y plata u oro). El examen lleva a concluir que en este pasaje no existe una diferencia nominativa para designar al proceso de mezcla en razón del estado de la materia de lo mezclado. Así, no importa que en el caso de los sólidos se trate de objetos de distinto género, y por cierto que no se menciona la calidad de dichos objetos. Asimismo, se aprecia que se habla de *species facta*, esto es, una especie nueva y distinta, que antes no existía, y ello lo ejemplifica con el mulso y el electro. O sea, objetos distintos que en conjunción producen algo nuevo. Se deja entrever que para el criterio justiniano la *confusio* está referida materialmente a un proceso, y no a un modo de adquirir el dominio: se confunde en todos los casos, pero sólo algunos dan como resultado una nueva especie. La solución, en cualquier caso, sigue siendo la misma: el *corpus quod ex confusione fit utriusque commune est*: una situación de condominio. Aquí es necesario detenerse. En el pasaje anterior, el factor determinante era la irreductibilidad del objeto nuevo creado, mientras que acá el factor que prima es la voluntad. No es menor, por cuanto los ejemplos son básicamente los mismos, y así, podría llegar a concluirse que no hay una diferencia conceptual entre el mulso que se hace voluntariamente y el que es producto del acaso, en términos de la solución dispuesta. Pero sí es diferente el mulso que se hace con materiales ajenos; lo importante es que en las tres hipótesis el resultado cambia pero designa siempre el mismo fenómeno. La comparación entre ambos pasajes nos deja ver que la *confusio* es un proceso, y que de ello puede devenir una *nova species*, pero no en todos los casos: vino mezclado con vino da como resultado un aumento del volumen, pero no una nueva especie.

La solución que se da en el Ins. 2.1.25 no mira al mulso como una nueva especie por su irreductibilidad, sino que porque se ajusta a la idea de creación de algo que antes no existía. Es la solución al caso la que se adapta a la irreductibilidad. En Ins. 2.1.27 la solución entregada se ajusta a la noción de voluntad, de querer formar un condominio que antes no existía, pero no a la irreductibilidad. Probablemente, los compiladores bizantinos hayan estimado la voluntad como la forma de salvar el problema que resulta si se comparan los casos en que una mezcla es a la vez *confusio* (o *commixtio*) y *nova species*, además de diferenciarse con ello de los casos en los que se contrata a una persona para que cree algo por encargo de otra con materiales proporcionados por el contratista. En Ins. 2.1.27 se menciona al mulso como un ejemplo claro de nueva especie, pero no por su irreductibilidad material, esto es, por la imposibilidad de separarlo en vino y miel, sino porque intervino un proceso material de fabricación, concretado en una mezcla.

Por lo demás, se admite que la mezcla puede llegar a ser fortuita, aunque no menciona ejemplos de cómo ello puede llegar a ocurrir; en ello es necesario hacer alguna observación. En Ins. 2.1.25 lo que se deja en claro es que una *specie* nueva puede nacer de una mezcla: esto es coherente con la idea de que la *confusio* (y la *commixtio*) son esencialmente procesos, y en el caso del mulso, por ejemplo, no difiere de una creación tal y como sucedería con la escritura de un libro. Lo que ocurre particularmente con el mulso es que es irreducible.

Y se lee, finalmente, en Ins. 2.1.28:

Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cuiusque propria fuerunt ex consensu vestro communicata sunt. quodsi casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint: sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit, arbitrio autem iudicis continetur, ut is aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit.

“Mas, si el trigo de Ticio se hubiere mezclado con tu trigo, si verdaderamente fue por voluntad vuestra, será común o porque cada cuerpo, esto es, cada grano que perteneció a cada uno, se ha hecho común por vuestro consentimiento. Pero si la mezcla hubiere sido casual, o Ticio la realizó sin tu voluntad, no se considera común porque cada cuerpo permanece en su propia integridad, y en tales casos el trigo no es más común de lo que se entiende es un rebaño si las ovejas de Ticio se hubieren mezclado con las tuyas. Pero si por uno de vosotros se retuviese todo ese trigo compete una acción real por la porción de trigo de cada uno, pero se reserva al arbitrio del juez que estime cual ha sido la calidad del trigo de cada parte”.

A diferencia del pasaje anterior, ya no se utiliza la expresión *confusae*, sino que *mixtum*. Es posible esbozar razones para explicar este cambio. El objeto que se utiliza como ejemplo, el trigo, se diferencia del vino o de las barras de metal en que, si bien lo regular es que el trigo se intercambie por cierta medida, cada uno de los granos se puede considerar individualmente. Es lo que parece significar la expresión *singula corpora* y *singula grana*. El factor consensual cambia el resultado, en la medida en que no hay comunidad si interviene el acaso o uno de los dueños realizó la mezcla sin el consentimiento del otro. En el pasaje se destaca que ello ocurre porque cada cuerpo permanece en su integridad. Ello debe observarse. Si dos personas mezclan una medida de trigo que les pertenece, no hay un problema: las Instituciones asumen que lo hicieron para formar efectivamente una comunidad. Tanto el trigo como las ovejas son cosas

fungibles, pero cuando falta el consentimiento se dice que retienen su propia integridad (*quia singula corpora in sua substantia*); no quiere decir esto que se transforman en *res certa*, sino que más bien hay que ver aquí una solución concreta a un problema específico: la mezcla de cosas del mismo género, pero de distinta calidad. Y es por ello que se menciona el trigo y las ovejas del rebaño como ejemplo: una mezcla de cosas de distinta calidad permitiría un posterior beneficio a quien mezclara dichas cosas con la esperanza de formar una comunidad y luego pedir la *actio communi dividundo*, pues si su material inicial era de una calidad inferior a la de la otra persona, y no pudiendo distinguirse entre los elementos individuales que conforman el género, su porción tendría elementos de mejor calidad al momento de realizarse la partición. Esta solución es coherente con la opinión recogida en D. 6.1.4.

Comparemos, a su vez, los textos citados con algunos del *Digesto*.

Se lee en D. 6.1.5 pr y 1²²:

Ulpianus libro 16 ad edictum

pr. Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio.

1. Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. Sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen.

“El mismo Pomponio escribe: “(pr.) Si el trigo de dos dueños se confunde son voluntad de éstos, compete a cada uno una acción real por la porción en la que cada uno parece ser propietario; si se hubiesen mezclado los trigos por voluntad de los propietarios, se entiende que se hicieron comunes, y en este caso procederá la acción de división de la cosa común. (1) Él mismo (Pomponio) escribe que si se hubiere hecho mezcla de mi miel y tu vino, opinaron algunos que también esto se hace común; pero estimo más cierto, como indica el mismo Pomponio, que es más bien del que lo hizo, puesto que la mezcla no conserva su anterior calidad. Si se funde plomo con la plata, como es posible la separación, ni se hará la cosa común, ni se reclamará por la acción de división de la cosa común, pues puede separarse; se demandará con la acción real. Si la separación no fuere posible, dice Pomponio, como en el supuesto de aleación de bronce con oro, que se reivindicará la parte correspondiente; y no se repetirá lo dicho con respecto al mulso, porque, aunque estén confundidas, subsisten las distintas materias”.

El pasaje en cuestión recoge la misma posición que Ins. 2.1.28: Si la mezcla ocurrió mediando el consentimiento de ambos dueños, se entiende que lo hicieron para crear una cosa

²² Hay razones de peso para creer en la interpolación de este pasaje. Al respecto véase KANACRI DE LA CERDA, Lorena Aziza, *Confusio y conmixtio en Roma*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho e la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999, pp. 39-42. La obra aporta además valiosas observaciones en torno al régimen de acciones procedentes en las hipótesis en las que se configuraba *confusio* y *conmixtio*.

común. Por ello es que procede la *actio communi dividundo*. Existe una diferencia en lo que toca al mulso, sin embargo: Pomponio estima que el mulso es irreducible a sus elementos anteriores (*quoniam suam speciem pristinam non continet*), lo que hallamos también en Inst. 2.1.25.

Lo expresado en D. 41.1.7.7 sirve a bien para establecer la irreductibilidad como un factor determinante para resolver la cuestión de la atribución del dominio, y en esto aporta para valiosas observaciones, en el contexto de la creación de nuevas especie. El vaso de metal que puede fundirse es un ejemplo de elemento reductible, o de *specie* que puede volver a *materia*. El vino y el trigo también aparecen, pero como irreductibles, aunque dentro del pasaje en cuestión solo el vino es considerado *specie* de la misma forma que el vaso, en relación a que no pudo existir sin que mediara un proceso de creación; mientras que el trigo extraído de las espigas no conforma algo sin existencia previa (pues “retiene su forma”). El vino es un producto final hecho a partir de una sola materia; el mulso y el emplasto son compuestos con más de una, pero son considerados irreductibles de todas maneras. En este pasaje, en cualquier caso, se entienden como *speciem... fecerit*, esto es, especies hechas. En D. 41.1.7.8 continúa el criterio de establecer en propiedad común lo que se mezcla voluntariamente, aunque en este texto se habla de *miscentium materias* para referirse a dicho proceso; si se busca una razón para esta diferenciación, ésta estriba en que se habla aquí de géneros, ya sean iguales, como en el caso de fundir barras de plata o mezclar vinos, o nuevamente poniendo el caso del mulso, distintos: no se alcanza a apreciar una diferencia basada en si las materias son sólidas o líquidas. El texto pone de relieve el hecho de que el caso de la aleación entre oro y plata y la mezcla de miel y vino conforman objetos nuevos (*novi corporis sit species*). D. 41.1.7.9 es también una solución tocante a la atribución de propiedad, como los pasajes anteriores, pero es posible notar un cambio de léxico: aquí se habla de *confusae*, pero no se menciona ningún ejemplo específico para hablar de esta mezcla aparentemente distinta de *miscere*. Lo que tiene en común con el pasaje anterior es que ambos hablan de géneros, iguales o distintos. Pero si *miscere* de diferencia de *specie facit* porque en la primera se habla de mezcla de géneros y no así en la segunda, no es posible seguir este mismo parámetro para distinguir al simultáneamente *miscere* de *confusae*.

Finalmente en D. 6.1.3.2 se dice:

Ulpianus libro 16 ad edictum

Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum.

Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

“Escribe Pomponio que, si una cosa está confundida y mezclada con otra de su misma naturaleza de tal modo que no puedan desunirse ni separarse, no es reivindicable la totalidad de la cosa, sino la parte de la misma que corresponda; por ejemplo, si fundimos tu plata y la mía en una sola masa, ésta es propiedad de los dos, y cada uno podrá reivindicar la parte proporcional que tiene en el peso, y ello aun cuando sea incierto cuánto peso tiene cada uno en la masa”.

Las expresiones *confusum est atque commixtum* aparecen aquí junto a *deduci et separari*. Puede suponerse que Pomponio, citado aquí por Ulpiano, tenía en mente una distinción en términos de mezclar, y consecuentemente, una para separar, si es que ello era posible. Pero habla de cosas de la misma naturaleza, por lo que tiene sentido que se refiera a un objeto resultante “que no puede desunirse ni separarse”, y por ello es que se reivindica en proporción a la cantidad de materia prima que se halle en la mezcla. El pasaje da a entender que se está

refiriendo a casos en los que interviene la voluntad de los dueños de las materias mezcladas, sobre todo si se le compara con D. 6.1.3.4, en donde se lee '*qui dolo malo confundendum id argentum curavit*', esto es, 'el que con dolo malo procuró la confusión de la plata'.

4. CONCLUSIÓN

Los compiladores bizantinos, siguiendo tanto a Gayo como a los juristas clásicos, desarrollaron soluciones para lidiar con el problema de la mezcla hecha con materiales pertenecientes a distintos dueños, pero utilizando para dichos efectos ciertos criterios, como la irreductibilidad del objeto creado a partir de la mezcla, que ya estaban probados para hechos de naturaleza similar, como la accesión y la *nova species facerem*, que distinguían entre sí basándose en observaciones materiales. Si bien *confusio* y *commixtio* presentaban notas distintivas, su tratamiento se acercaba bastante al de otras formas de adquirir el dominio, en vista de que en varios casos intervenía decisivamente un acto de operación de una persona.