

te efecto de una manera especial; y ya he dicho antes (§. CCH) que Gayo ni aun las cita, tratando de las servidumbres (1). Pero en otro lugar las representa formalmente como las únicas cosas incorpóreas *mancipi* (2).

3.º Los esclavos (*servi* ó como Gayo dice, *serviles personæ*) y las personas libres (*liberæ personæ*) porque es indudable que esta distincion se aplicaba ya otras veces á estas últimas. Además Ulpiano nombraba y Gayo designaba ciertamente tambien como tales, las bestias de carga y de transporte exceptuando siempre las que en Italia no se comprenden en el número de los animales domésticos (3).

Estos dos autores concluyen esta enumeracion por una frase, susceptible indudablemente de otra interpretacion; pero cuyo sentido mas natural, es que todas las cosas distintas de aquellas son consideradas como *nec Mancipi res*. Colocábanse particularmente en esta última categoría todas las que podian ser pesadas, contadas ó medidas (*pondere, numero et mensura constat*).

(1) P. 31, lin. 16.

(2) P. 58, lin. 14.

(3) ULP. 49, 1. *Omnes res aut Mancipi sunt, aut nec Mancipi res sunt prædicia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, talis domus. Item jura prædiorum rusticorum, VELUT (?) via, iter, actus, aquæductus. Item servi et quadrupedes, qui dorso colloque domantur, velut boves, muli, equi, asini. CÆTERÆ RES NEC MANCIPI SUNT. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.* Véase en cuanto á la palabra *quadrupedes* el *Civillistisches Magazin*, tom. 1, p. 272 (104), Varron (*de re rustica*, 2), tratando de los esclavos (*servi*), y otros animales domésticos, bajo el aspecto del *jus in parando*, hace nacer una dificultad en cuanto á las bestias de trabajo y carga, en que no habla de la mancipacion mas que con motivo de los esclavos. Puffendorf (*Observ.* 2, 29, §. 11) y los profesores Zachariæ y Meister, de Breslau (*Goettingische Anzeige* 1807, núm. 149, y 1814 núm. 73), han intentado allanar esta dificultad. La opinion emitida por estos últimos, solo tiene una analogia lejana con lo que Gayo dice (p. 58, lin. 1 y siguientes), de que los adversarios de los que consideraba como sus maestros, pretendian que las bestias amansadas solas podian ser consideradas como *mancipi res*, y que no debía darse este nombre á los animales de una naturaleza demasiado fiera para dejarse amansar.

(4) En efecto, la frase *cæteræ res nec Mancipi sunt* podría significar tambien que los otros cuadrúpedos son *nec Mancipi res*, explicacion que se conciliaria ademas muy bien con la advertencia hecha en seguida, que entre los animales hay uno que se encuentra en este caso. Pero lo que no permite admitir esta interpretacion, es el cuidado que toma Ulpiano, no de dar algunos ejemplos de las *mancipi res*, sino de citarlas todas.

§. CCIV. Exámen del carácter general de las MANCIPI RES, segun cada cosa en particular.

Encontramos, procurando reconocer los caracteres naturales que distinguian las cosas de la primera especie de las de la otra, dos caracteres principales que Gayo les asigna espresamente. Primero, todas las *mancipi res* eran corpóreas ó muy semejantes á cosas corpóreas (§. CCII); segundo eran consideradas constantemente como *preciosas* (1), es decir, que no se tenia en cuenta además su peso, su número ó medida. A estos caracteres puede añadirse aun que probablemente se comprendian bajo esta denominacion todas las cosas que habian sido conocidas desde el principio por los antiguos Romanos, y finalmente lo que importa no olvidar tampoco es, que se comprendian en ella asimismo todas las que tenian, lo que nosotros los modernos llamaríamos una *individualidad especial*, ó en otros términos y como se espresarian los Romanos, todas las que era fácil distinguir y reconocer en especie (*species*) (2). Luego, tratando de definir las *res nec Mancipi*, encontramos, que falta á cada una de ellas necesariamente uno de estos caracteres al menos, aun cuando posean todos los otros. Esta última diferencia nos basta desde luego, porque se concilia muy bien con el efecto que producía sobre el derecho civil, efecto que no tardaremos en dar á conocer, y además porque tiene mucha analogía con las cosas que en los otros pueblos no necesitan de un nombre jurídico particular para distinguirlas suficientemente de las otras, porque basta en este punto su cualidad natural de *inmuebles*. De ahí resulta tambien una consecuencia, y es que no tenemos necesidad de establecer otros caracteres que estos; porque todos los que se han pretendido añadir son ó forzados, ó desnudos de prueba, ó manifestamente falsos (3).

(1) Bynkershoek no ha insistido mas que sobre este solo caracter. Es efectivamente el que mas salta á la vista. Gayo emplea tambien (p. 51, línea 15) las

palabras *pretiosioribus rebus*, como equivalente de *rebus Mancipi*. Observamos, sin embargo, que el oro y la plata eran *nec Mancipi res*.

(2) Rosmann no ha atendido mas que á esta circunstancia (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 66 y siguientes). Un perro, un gato, etc., siempre pueden reconocerse ciertamente, lo que no impedia que se les colocase en el número de las *nec Mancipi res*.

(3) Isidoro explica las *Mancipi res*, diciendo que se deriva esta palabra de *que manu tractari possunt*; pero esta explicación no podría convenir á los fundos. Trekel piensa (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 67), que solamente los Romanos podían poseer estas cosas. Meerman pretende que eran las que se referían á la agricultura, y además se ha invocado en favor de esta opinión la autoridad de Columela, quien dice expresamente que se valían de bestias de trabajo y carga en los trabajos del campo. Pero seguramente no se puede considerar que tuvieran relación con la agricultura, ni colocar en la misma clase que las simientes y arados una casa en Roma, un esclavo (*servus*), ó una esclava (*ancilla*), de que se servían para educar sus hijos, un caballo de silla, un tiro para un coche de viaje, todas *res Mancipi*. No encontramos además entre los Romanos ninguna otra institución análoga á esta, y que pueda hacernos concebir cómo en un pueblo agricultor, sin duda, pero no menos guerrero, había producido la agricultura sola un efecto que no habían obtenido las armas. Brichieri (después consejero de Estado íntimo bajo el nombre de Brichieri), ha reunido contra F. C. Conradi un gran número de argumentos, destinados á probar que las *Mancipi res* eran las cosas útiles, fáciles de conservar y susceptibles de tomarse en la mano. Pero ¿cómo hubiera podido convenir este último carácter á las propiedades agrícolas? Hommel ha sostenido durante algun tiempo que se entendían por ello las cosas útiles para la guerra, y Gibbon pretende que se llamaban así las cosas tomadas al enemigo.

Puffendorf pensaba que el carácter esencial de todas las *Mancipi res* consistía en que cada una de ellas estaba enumerada aparte en el censo. Habíale sugerido esta idea la lectura de un pasaje de Cicerón (*pro Flacco*, 32), en que se trata de un Romano, llamado Deciano, que se había hecho culpable de robos á los habitantes de Apollonis en Licia. Deciano se había apropiado tierras en esta comarca, y se las había atribuido en Roma en el censo, como propias, operación que se llamaba *in censu dedicare*, ó bien *in censum deducere*, expresión usada en el *fr. 61. D. 41, 1*, por un autor contemporáneo. Fué atacado Deciano, y se alegó, entre otros motivos de nulidad, que los bienes que se apropiaba no eran *res Mancipi*, que no eran tampoco *prædia in Italico solo*, ó, como se expresa Cicerón, que no gozaban del derecho civil (*jus civile*), que desde luego no eran *censui censendo*, y por consiguiente no podían *subsignari apud ararium*, *apud Censorem*. Ignoramos si es preciso entender por estas dos últimas palabras que ante el Censor no podía pretender ser propietario mas que de las *Mancipi res*, ó solamente de los fundos que eran *Mancipi res*, poco mas ó menos como la ley determina entre nosotros en qué papel se ha de extender un billete. Por consiguiente, no sabemos tampoco si había entre la palabra *Mancipi*, empleada cuando se trataba de las cosas, y la palabra *Manceps*, de que se servían cuando se trataba de las personas, la misma relación que entre los dos términos *prædia* y *pres*.

§. CCV. Influencia de esta distinción en el Derecho civil.

La influencia que ejerció esta distinción en el derecho civil, no dió por resultado que las *Mancipi res* fuesen las

únicas susceptibles de llegar á ser objeto de la propiedad romana (*ex jure Quiritium*) (§. LXXXVI), ó bien que las *nec Mancipi res* solas fuesen susceptibles, ya de formar parte de esta propiedad, ya de estar solamente *in bonis* (1). Como esta influencia se ejerció igualmente sobre el *Mancipium* y la *Mancipatio* (§. XCIV), resulta que consistía en que, cuando se trataba de una *Mancipi res*, era solamente la *Mancipación*, y no la simple tradición (bastante para una *nec Mancipi res*) la que podía alcanzar la propiedad romana (*ex jure Quiritium*), y que, por consiguiente, siempre que respecto á estas cosas no había intervenido mas que una simple tradición, el objeto así transferido estaba colocado únicamente en la posesión (*in bonis*) del que le recibía. Todos los demás modos de adquirir, tanto los que producían la propiedad romana, como los que hacían solamente que un objeto estuviese *in bonis*, eran aplicables á las dos clases de cosas (2). Resultaba, pues, de esta distinción, que la vindicación se concedía mas fácilmente para una cosa *nec Mancipi*, que para una *Mancipi*, puesto que bastaba un abandono tácito para transferir la propiedad de las primeras. Pero un segundo efecto, del cual no se puede derivar siempre la voz *Mancipi*, y del que nos presta un ejemplo la tutela de las mujeres romanas, consistía en que estas no necesitaban de la autoridad de su tutor (*tutoris auctoritas*), sino cuando querían enagenar una *Mancipi res*. Es posible que la distinción de que acabo de hablar produjese tambien otros efectos, de que no nos quedan vestigios. Pero nos es fácil armonizar los que conocemos con los caracteres distintivos de estas dos clases de cosas (§. CCIV). Es muy natural, en efecto, que se opongan mayores restricciones á la enagenación de los objetos preciosos que á cosas de menor precio, ó que no se adquieren sino por su número. Pero tambien es justo que el derecho de vindicación contra un tercero de buena fé llegue á anularse cuando se trata de cosas de poco valor, ó al menos que sea menos riguroso que respecto á las cosas de gran precio. Esta

última hipótesis es la que tiene un interés bastante grande para merecer que se intente una acción, cuyo éxito necesario será hacer que recaiga una mancha sobre otra persona. La individualidad, es decir, la facilidad de ser reconocida, que forma el carácter de todas las *mancipi res*, se acomoda asimismo muy bien á este efecto, porque la publicidad del acto no es útil sino en cuanto se trata de cosas fáciles de reconocer, puesto que si la vindicación tenía por objeto, por ejemplo, una pieza de oro, ningún *libripens*, ningún testigo podría afirmar que el objeto que se le ponía á la vista era el mismo á cuya enagenación estuvo presente (3).

(1) HEINECCIUS *Synt. Ant.* II, 1, §. 19. Este autor confiesa, sin embargo, en la última de sus obras, en sus notas á Brison (*v. mancipi*), que el punto no es perfectamente claro. Conradi, no pudiendo salir de otro modo del embarazo, desecha las palabras *ex jure Quiritium*, que se leen en Ulpiano (§. 24, 7) (*Civilistisches Magazin*, tom. I, p. 79, 82).

(2) Como la mancipación, tratándose de cosas muebles, produce siempre como consecuencia una tradición (§. 94), se infiere que se podían mancipar también las cosas *nec mancipi*, cuando había un motivo cualquiera de emplear, respecto á ellas, este modo muy dilatado. Así sabemos que se seguía esta marcha para las perlas de un gran precio, puesto que Plinio, hablando de ellas, dice positivamente *in mancipatum veniunt*. Podría objetarse, es verdad, la autoridad de Cicerón, que nos enseña (*Top.* 10) que cuando una persona obtenía por mancipación una cosa que no podía ser mancipada, esta formalidad no le hacía adquirir su propiedad. Mas se ha respondido con fundamento, que no hay precisión de admitir que se trate de cosas *extra commercium*, á las cuales no es posible dudar que es aplicable el principio sentado por Cicerón. Otro medio de resolver esta dificultad también, sería admitir la explicación propuesta por Conradi, de que se ha hablado en la nota 3 del §. precedente, y que tiende á establecer que se habría admitido este principio únicamente para procurar mas seguridades al pueblo.

(3) El *Civilistisches Magazin* (tom. II, p. 57, 83), comprende, sobre la *historia literaria* de esta doctrina tres análisis, hechos por Trekel, de los escritos publicados sobre este punto desde 1739 hasta 1742, por Conradi, Rosmann y Meerman, análisis á que he añadido algunas anotaciones. Gayo confirma completamente la opinión emitida en estos diversos artículos, con esta sola diferencia, que, según él, un modo natural de adquirir puede producir también algunas veces la propiedad romana (*ex jure Quiritium*).

§. CCVI. IN BONIS.

Ningun autor (1) nos la indica, pero, para conformarnos al principio que hemos sentado, admitimos ahora la doc-

trina de que puede estar una cosa solamente en los bienes (*in bonis*) de un individuo. Esta expresión, en verdad, no se encuentra empleada como término técnico en el cuerpo de derecho de Justiniano. Sin embargo, ha dado origen á la voz *δεσποτης βοηλιαριος*, usada por Teófilo, y para recordarla han introducido los modernos la de propiedad ó dominio bonitario (*dominium bonitarium*). Sin embargo, hubiera valido infinitamente mas llamar *natural* el derecho, es decir, la *φυσικη δεσποτεια*, que hay en este caso. Tal vez hubiera sido preferible también dejar á un lado la palabra *dominium*, desusada bajo esta acepción en la buena latinidad, y no hablar mas que de la simple detención, de la posesión puramente física, tal como existió en todo el mundo. Tener un objeto *in bonis*, no es ciertamente lo mismo que poseerle de buena fé (*bona fide possidere*), aunque no obstante sea muy posible que en los tiempos anteriores á aquellos de que hablamos no se hubieran distinguido aun estos dos casos de un modo tan preciso (2). Se podía tener *in bonis* una cosa de que otro era propietario, ó sobre la cual ninguno ejercía el derecho de propiedad romana (*ex jure Quiritium*). Hemos expuesto antes (§. CXC) las consecuencias de esto para la manumisión (§. CXCI), y en cuanto al poder sobre un esclavo. Es verosímil que el hecho de tener una cosa *in bonis* engendrarse ya en provecho del poseedor la excepción llamada *rei venditæ et traditæ exceptio*, aun contra el propietario romano (*ex jure Quiritium*) que quería invocar la vindicación, principalmente en el caso en que este había transferido por sí mismo la propiedad natural á otro, aunque no se encuentra expuesto este último punto de doctrina ni en Gayo ni en las Instituciones. Parece por lo demás muy dudoso que una demanda dirigida contra un tercer poseedor no obligado pudiese dar lugar ya á la acción Publiciana, llamada *Publiciana in rem actio*; es probable que fuera el Pretor quien la introdujera en el Edicto y no encontramos un Pretor revestido

especialmente del nombre de Pretor de los extranjeros (*praetor peregrinus*) mas que al principio del período siguiente (año de Roma 685).

Entre los diferentes motivos de que puede nacer el hecho de tener una cosa *in bonis*, debemos colocar el principio citado antes (§. CLXXXV, nota 3), *superposita inferioribus cedunt*. Es indudable que este puede producir tanto la accesion (*accessio*) de una cosa comprendida en la propiedad *ex jure Quiritium*, como la de una cosa *in bonis*. En cuanto al derecho de propiedad, es decir, al derecho sobre la cosa que se adquiere de este modo, se arregla lo mismo que en todos los casos en que la cosa accesoría forma un todo con la principal, ó, en otros términos, conforme al derecho á que estaba sometida esta, es decir, la que existía antes. No hay certeza de que los antiguos hubiesen colocado, en el número de los modos de tener una cosa *in bonis*, la posesion llamada de *largo tiempo* (*longi temporis possessio*), es decir, de diez años *entre presentes*, y veinte *entre ausentes*, que era necesario hubiese empezado válidamente (*justum initium*, llamado tambien *bonum initium*) (3). Todo lo que sabemos de positivo en este punto, y razonando segun las nociones mas exactas, es que esta posesion no era un modo de adquirir la propiedad civil (*jure civili*) (4), aunque Justiniano haya tratado de aquella con motivo de la última.

(1) Ciceron (*ad Div. 13, 30*) se sirve de la palabra *in bonis*, pero es hablando del heredero que la emplea, y no de una cosa en general.

(2) El limite entre estos dos modos está trazado perfectamente en Ulpiano (19, 20 y 21). Dice este jurisconsulto, en primer lugar: *Si servus alterius in bonis... sit, ex omnibus causis adquirit* (ó mas exactamente, *adquirat*), *ei, cujus in bonis est*; y en otro posterior, *is quem bona fide possidemus... nobis adquirit ex duabus causis tantum*.

(3) PUAL. *Sent.* 5, 2, §. 3 y 4.

(4) No resultaba de ella en el principio mas que una simple *exceptio*, ó como se dijo despues, una *prescriptio*, es decir, una objecion contra la demanda. Justiniano dice tambien que engendra una accion á favor del que se ha puesto á cubierto de aquella, oponiéndola: es al menos, añade, lo que decian las antiguas leyes (*veteres leges*), *si quis eas recte inspexerit* (*Const.* 8, *pr.* C. 7, 39). Se ve tambien en el *fr.* 10. *D.* 8, 5, que nace de ella una accion útil (*utilis actio*), y se dice en la *Const.* 8, 34, hablando de la *longi temporis consuetudo*, que vi-

cem servitutis obtinet. Gayo no habla en sus Instituciones de la época en que era admitida esta doctrina.

§. CCVII. Cambios sobrevenidos en los modos de adquirir
EX JURE QUIRITUM.

La tradicion toma lugar ahora entre las maneras de adquirir la propiedad romana (*ex jure Quiritium*), aunque en un principio no servia de fundamento mas que á una simple propiedad natural, y Gayo (1) no la da todavía otro carácter. Ulpiano la coloca inmediatamente despues de la mancipation, porque no se ejercitaba como esta indistintamente sobre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, sino que era una especie particular de enagenacion (*propria species alienationis*).

Se habia introducido un nuevo uso en la mancipation, y era exigir que el *libripens* y los testigos (*testes*) no estuviesen unidos á una de las dos partes principales por los lazos de la patria potestad. La mancipation exigia tambien mayor número de convenciones, como por ejemplo, que *vadem ne posceret, nec dabitur* (2).

La tradicion exigia una *causa justa* (*justa causa*), y era preciso ademas que transfiriese la posesion libre de la cosa (*vacua possessio*), término técnico muy usado en esta época.

Respecto á la usucapion, es decir, el primero de los diversos modos de adquirir la propiedad *ex jure Quiritium* que fuese comun á las dos especies de cosas, la costumbre habia consagrado el uso de las expresiones *causa de posesion* (*causa possessionis*), *principio justo* (*justum initium*), término consagrado principalmente cuando se trataba de la *longi temporis possessio*, y en fin, la de *titulo* (*titulus*), con que se designaba ademas la misma usucapion. Este uso llegó á ser tan general, que se indicaba por la partícula *pro* (3), ó por *ex* (4), la naturaleza de la posesion, en cuyo exámen no se seguia aquí un órden riguroso, y que la expresion general *pro suo* se empleaba no solo respecto á

todos los modos naturales de adquirir, sino tambien cuando la mancipacion, la tradicion ó la *in jure cessio* habia sido la fuente de la posesion. Parece que se admitia casi generalmente en esta época (5) la opinion de que el heredero puede adquirir por prescripcion una cosa que su autor no podia adquirir de este modo, porque poseia sin título válido (*sine justa causa*), siempre que el heredero invocase para su posesion un motivo distinto del de aquel. El axioma, que *ninguno puede cambiar para si la causa de su posesion (nemo sibi causam possessionis mutare potest)* (§. CLXXXV, nota 3), era tambien de un uso bastante frecuente. La buena fé (*bona fides*) se exigia sin disputa para la usucapion, pero en un principio no era necesaria esta condicion para las cosas muebles. No se podia adquirir por usucapion una herencia en masa, como en lo antiguo, pero se adquirirían fundos hereditarios, ya como heredero (*pro herede*), ya por el uso de estos bienes (*usu receptio*) durante un año, cuando habia habido un contrato fiduciario (*fiducia*), pero no cuando se habia usado de ellos por título precario ó de arrendamiento (*prædiatoria usu receptio*). Este modo de adquisicion no se habia extendido á las tierras situadas fuera de Italia, porque hubiera sido difícil efectivamente aplicarle á posesiones lejanas. Pero era reemplazado en este caso por la posesion de largo tiempo (*possessio longi temporis*), cuya duracion era cinco ó diez veces mas larga que la de la usucapion. La tutela legítima de una mujer romana está indicada como obstáculo á la usucapion de las cosas que la pertenezcan. Se cree comunmente que, en el tiempo de que hablamos, se aplicaba tambien la usucapion á las servidumbres; pero ni el pasaje de Ciceron (6), ni el de las Pandectas, en que se habla de la LEY SCRIBONIA, al establecer la doctrina contraria (7), justifican esta conjetura, ni pueden servir para hacerla prevalecer contra la autoridad unánime de los jurisconsultos romanos, que aseguran que la usucapion no se extiende á las cosas incorporales (8).

Finalmente, si dirigimos nuestras miradas sobre la *in jure cessio*, encontramos la doctrina de su aplicacion á las sucesiones. Esta aplicacion sería enteramente inexplicable, como la describe Ulpiano; pero Gayo habla de ella en términos bastante precisos, para probarnos que no se parecia en nada á lo que habia sido antes (9).

(1) P. 69, lin. 14.

(2) VARRO de L. L. 5, 7.

(3) *Pro emptore, pro dote, pro donato, pro suo*, son las cuatro fórmulas.

(4) *Ex causa emptionis, y ex emptione*.

(5) Ya Mucio, y aun acaso Pomponio, dice (*fr. 3. D. 41, 5*), (6): *plerique (muchos, y no la mayor parte), putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere*. Es verdad que se puede interpretar esta frase de modo que se la haga significar que no se necesitaba que el difunto hubiera poseído la cosa, y bastaba que el heredero creyese erradamente que habia sido poseída hasta entonces por aquel cuya herencia recogia. Pero es mucho mas verosímil que no se habia decidido aun de un modo muy preciso si la posesion del difunto y su heredero no formaban mas que una, ó si era preciso considerarlas como dos posesiones distintas: en apoyo de cada una de estas doctrinas se podia hacer valer fácilmente mas de un argumento.

(6) CIC. *pro Cos. C. 26. Aquæductus, haustus, iter actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur*. Desde Røvardus, explican todos los jurisconsultos este pasaje, diciendo que *rata auctoritas* es precisamente la usucapion designada por Ciceron en el párrafo que precede, pero que *jus civile* expresa aquí una idea contraria á la de la palabra *legibus*, usada tambien en este ejemplo. Sin embargo, cuando se lee atentamente este pasaje, sin aislarle del que le antecede, se ve que ninguna de estas hipótesis es necesaria para hacerle perfectamente inteligible, y que basta que la validez de las servidumbres sea garantida por el derecho positivo en general, ya se encuentre la garantia en las mismas leyes (*leges*), ya solamente en el *jus civile*. Véase tambien á CONRADI, *triga libellor*.

(7) Véase antes, §. 168, nota 2.

(8) Schulting hace notar en Paulo (1, 17, §. 2), un pasaje de la ley SCRIBONIA, que es tan inexplicable adoptando su opinion, es decir, la de Røvardus, como siguiendo la nuestra, pues que en ningun caso sería posible concebir por qué un jurisconsulto como Paulo desenvolveria como vigente, un derecho desusado hacia largo tiempo. Schulting observa en el particular que, despues de la ley SCRIBONIA, se contentaban siempre los jurisconsultos con alegar razones contra la usucapion de las servidumbres, y, en efecto, no se les ve citar una sola vez esta ley en apoyo de la doctrina que se dice habia consagrado, aunque vuelven á hablar muy frecuentemente de este punto. (Véase, por ejemplo, el *fr. 14, pr. D. 8, 1*). Sin embargo, pueden hacerse una multitud de objeciones contra la asercion emitida por este mismo escritor, que todos estos razonamientos solo tienden á considerar como inadmisibile la usucapion de una servidumbre rural (*rustici prædii servitus*), y que la frase de este pasaje de Paulo, *idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur*, puede ser considerada como relativa á la legislacion positiva.

(9) ULP. 19, 12, 15. La palabra *quoties* que emplea, está reemplazada en Gayo, p. 68, lin. 4, por *ac si*.

§. CCVIII. *Fin de la propiedad. Derecho sobre la cosa empeñada.*

De todas las restricciones que la ley puede imponer á la propiedad no hay ninguna que influya mas sobre la conclusion de esta, que el derecho de enagenacion que el acreedor puede ejercer sobre ella.

Los jurisconsultos romanos, tratando de los bienes incorporales en la esposicion de los principios del derecho civil, no hablan del derecho de los Romanos sobre la cosa del deudor (*rei obligatio*, palabras cuya inversion está admitida). No se ocupan de él mas que en el momento en que llegan á hablar de la enagenacion. Es muy difícil determinar con precision sobre qué principios descansaba el conjunto de este derecho en la época en que llegó á su entero desarrollo. Esta dificultad consiste primeramente en que este derecho se aplicaba á la *mancipatio* y la *in jure cessio*, de que Justiniano no habla una palabra; además, en que las fuentes auténticas del derecho romano no nos prestan mas que datos muy débiles en cuanto á aquel; finalmente, en que el derecho romano, vigente en una época mas cercana á nosotros, deja aun mucho que desear bajo este aspecto. Isidoro es entre todos los autores, el que nos suministra mejores indicios: distingue tres formas, bajo las cuales puede ejercitarse este derecho, á saber: la *prenda* (*pignus*), la *fianza* (*fiducia*) y la *hipoteca* (*hypotheca*). La primera de estas formas, la *prenda* (*pignus*) consistia en la entrega de la misma cosa al acreedor, que no tenia entonces mas cuidado, que impedir cayese en manos de un tercero. La segunda, la *fianza* (*fiducia*), no era usada, como la *mancipatio*, sino en ciertos casos, por ejemplo en la venta repetida tres veces del hijo de familia; servia entonces para abreviar las lentitudes de una enagenacion regular, y consistia en que el que recibia la cosa *ex jure Quiritium*, prometia al que se la transferia devolvérsela en un caso determina-

do. Ordinariamente dejaba este nuevo propietario al otro la posesion; pero solamente una posesion precaria (*precarium*, es decir, tal que el nuevo dueño podia reivindicarla en cualquiera época. Particularmente se prestaban garantías de esta clase al tesoro público (*ærarium*), á quien en fianza (*prædes*) se vendian heredades (*prædia*); garantizaban el pago bajo la responsabilidad de estas (*prædibus, prædiisque*); y en caso de necesidad las vendia el tesoro (*prædia*) á adquirentes llamados *prædiatores*, de donde se ha derivado el derecho llamado *jus prædatorium* (véase antes §. XCI, nota 1). Finalmente, la hipoteca (*hypotheca*), mencionada ya en Ciceron, verdad es que solamente en un caso en que se trata de una provincia, puede haber sido muy bien la simple promesa no acompañada de tradicion, de mancipacion ó *in jure cessio*, por la cual restringia uno su derecho sobre tal cosa determinada. Pero no sería posible admitir que una convencion (*pactum*) de esta naturaleza pudiese engendrar una accion contra un tercer poseedor, al cual nada tenia que demandar el acreedor hipotecario (1). La significacion del nombre griego que lleva esta accion es un motivo mas para probarnos que no se la admitia lijeramente (2). Una institucion semejante no dejaba de presentar algunos inconvenientes para el comercio; pero lo que contribuia á disminuir los riesgos que podia presentar bajo este aspecto, es que la ley castigaba severamente al acreedor que habia empeñado una misma cosa á muchos acreedores, sin hacer conocer al último hipotecario los que le precedian (3). No es fácil precisar la época á que remontan los primeros vestigios de una *prenda tácita* (*pignus qui tacite contrahitur*) es decir, fijar el tiempo en que llegó á ser tan frecuente, que ni aun era necesario enunciar formalmente en el acto, que el acreedor hipotecario tendria por garantía de la suma prestada por él un derecho sobre los frutos de la cosa. Como de ahí resultaba la accion llamada *Serviana actio* y acaso tambien el *Salvianum inter-*

dictum, será posible decidir que la determinación de esta época depende de aquella á que se asignase la Pretura de Servio y de Salvio, autores de estas acciones. En cuanto al Interdicto Salviano, se ignora hasta que punto podía ejercitarse contra un tercer poseedor. Es aun mas dudoso que un Romano haya podido ya empeñar no solamente lo que poseía actualmente, sino tambien lo que podría poseer un día (*quæ habet, quæve habiturus est.*)

Una mujer romana no podía enagenar una cosa *mancipi* sin la autorización de su tutor (*tutoris auctoritas*).

De la relación que había entre la propiedad *ex jure Quiritium* y la posesión *in bonis*, se derivan ahora todos los casos en que se puede conservar la cualidad de propietario *ex jure Quiritium*, mientras que otro tiene la cosa *in bonis* (5), ó tambien mientras que no está poseída realmente *in bonis* por nadie.

(1) Se habla muchas veces en las Pandectas de la acción llamada *pignoratitia in rem actio*, que se confunde ordinariamente con la *hypothecaria actio*, aunque sea muy diferente. V. GROLMANN y de Loher en el *Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 129.

(2) La palabra *obligare debet*, empleada en la *Obligatio prædiorum* (Véase I. IV), se refería tal vez á este caso: sin embargo, lo que puede hacer nacer alguna duda en este punto es, que una convención preparatoria semejante no tenía necesidad de ser gravada en cobre, como el monumento entero de que hablamos; esta formalidad no era necesaria mas que para el acto realizado.

(3) Fr. 15, §. 2. D. 20, 1... *Ut effugiant periculum, quod solent pati qui, scilicet plus easdem res obligant.* Véase tambien el fr. 36, ó fr. D. 13, 7, y fr. 3. D. 41, 20.

(4) GAJ. p. 51, lin. 8. ULP. 11, 27.

(5) Véase el caso en GAJ. p. 64, lin. 4, 13; y ULP. 1, 16.

(6) Tal es, por ejemplo, el caso del esclavo que *in libertate moratur.* Véase I. 190.

§. CCIX. Adquisición por aquellos que se tiene bajo potestas, manus ó mancipium.

El Peculio (*peculium*) de un esclavo es una cosa tan ordinaria ahora, que aun en Caton el viejo encontramos la designación de esclavos llamados *vicarii servi*, es decir, esclavos que pertenecían al *peculium* de otro esclavo. Si alguno es propietario de un esclavo *ex jure Quiritium*, pero

otro tiene el esclavo *in bonis*, el último adquiere por medio del esclavo. Cuando por el contrario se posee de buena fé (*bona fide*) como esclavo, ó se tiene solamente el usufructo del que pertenece á otro, solo se adquiere por medio de este esclavo los productos de su trabajo, ó las donaciones que le hace un tercero, en razón de los servicios que á este ha prestado (1).

Se puede adquirir la propiedad por aquellos á quienes se tiene *in manu* ó *in mancipio*, lo mismo que por aquellos que se tiene *in potestate*; pero es muy difícil de emplear este modo de adquisición.

(1) ULP. 19, 20 y 21. Véase antes, §. CCVI.

§. CCX. Influencia de las relaciones de familia sobre el derecho de propiedad.

ULP. 6. *De dotibus.* 7. *De jure donationum inter virum et uxorem.*

DIG. 23, 3. *De jure dotium.* 4. *De pactis dotalibus.* 23, 3. *Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur.*

Gayo, en su ojeada científica del derecho civil, no trata de la influencia de las relaciones de familia sobre el derecho de propiedad. Ulpiano, por el contrario, se ocupa de ella á la vez que examina la del matrimonio sobre el mismo derecho.

La influencia de la autoridad paterna no ha sufrido aun cambio.

Pero encontramos mencionada espresamente la dote (*dos*) entre los modos de adquirir que se derivan del matrimonio. Tambien se habla de ella á propósito de la *in manum conventio*, y en cuanto puede creerse, de modo que deja presumir que la mujer se daba en plena propiedad á su marido (1). Se mencionan además ciertos plazos, á cuya conclusión debe entregarse la dote al marido. Ignórase cuál ha sido el origen de estos; pero se sabe positivamente que tratando de una suma de dinero, eran los mismos

que la ley fijaba para exigir del marido la restitucion de esta misma suma (2). Si moría la mujer, despues de haberse pronunciado el divorcio, sin que su esposo se *hubiera constituido en mora (mora)*, es decir sin que se le hubiese demandado la restitucion de la dote, no podia exigirla el heredero de la mujer (3). Sin embargo, los modernos no han conseguido aun determinar cuáles son los puntos de derecho relativos á la dote que introdujera la LEY JULIA *de maritandis ordinibus*. Pero he tenido antes lugar de establecer (§. CLXXXIV) que el marido tenia derecho de retener algo cuando restituía la dote. Ignoramos si estas *retenciones (receptitia)* en el matrimonio, se verificaban aun cuando no hubiese habido *in manus conventio*; siempre es lícito inferir, segun las falsas interpretaciones que no se tardó en dar á estos derechos, que se derivaban de una legislación muy antigua (4). No eran válidas las donaciones entre esposos.

He hablado antes (§. CCV y CCVIII) de la influencia de la tutela sobre el derecho de propiedad.

(1) Cic. (*Pro Flacco* 34...) *In manum, inquit, convenerat... Dote, inquit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat*. Sin embargo, no podrá considerarse este pasaje como una prueba positiva, porque es posible que Ciceron se limitara á esponer los dos argumentos de su contrario, y entre ellos solo se pusiera delante el segundo, porque no se contaba mucho con el primero.

(2) «Conforme á las leyes de los Romanos, el dinero que vuelve á poder de la mujer á titulo de dote, debe pagársela en el espacio de uno, dos ó tres años, mientras que antes, segun las costumbres (a), debian entregarse los utensilios de casa en el plazo de diez meses.» (POLIBIO, 32, 13, edicion de Schweighäuser). Niebhur ha creído advertir en el último miembro de esta frase un ejemplo del año ciclico.

(3) ULP. 6, 7.

(4) Aulo Gellio (17, 6) reproduce una opinion falsa, que se encuentra reproducida aun en Festo, la de que un esclavo *receptitius*, era lo mismo que un esclavo que se había recobrado *redhibitus*.

(a) Se dice aquí, pues, *νομος*, aunque la traduccion latina mas moderna dice así: *eadem lege*.

§. CCXI. HEREDITAS et BONORUM POSSESSIO.

Entre los diferentes modos de adquirir una universalidad de bienes (*universitas*), se nos presentan dos particu-

lares, que tienen su aplicacion en caso de muerte, á saber: la herencia (*hereditas, hereditas justa* en Varron; véase antes §. XCIII, nota 1), y la posesion de bienes (*bonorum, ó hereditatis possessio*), llamada tambien solamente *possessio*; véase §. CCII, nota 1. La herencia era el antiguo modo legal reconocido rigurosamente como jurídico (*ex jure civili, ó ipso jure*) (1), por medio del cual se entra en el goce de los bienes de un ciudadano romano. El tiempo y la forma exigidas para su ejercicio eran las mas veces indeterminadas, y las modificaciones introducidas por el derecho nuevo al principio del período segundo, solo habian producido en él muy pocas variaciones; finalmente la facultad de ejercerle no dependia de la voluntad de ningun magistrado. En cuanto á la *posesion de bienes*, constituía un modo nuevo de entrar en el disfrute de los bienes dejados por un individuo que no era Romano (2). Se creó primero por el uso introducido en el tribunal del Pretor, y despues por el Edicto. Se fundaba sobre la posesion de hecho (3), y tenia una analogía perfecta con la posesion de bienes que se concedia á los acreedores en caso de insolvencia de su deudor (4). El tiempo y la forma de ejercerle estaban determinados con precision. Continuó subsistiendo á pesar de los cambios que sufrió el derecho al fin de este período, y aun de los que esperimentó durante una gran parte del siguiente. Finalmente, el magistrado arreglaba su ejercicio lo mismo que nombraba los tutores. (§. LXXX). No está bien probado que existiese igualmente alguna diferencia entre este modo y el anterior, en lo tocante al culto privado (*saera*) (5). La distincion entre la propiedad *ex jure Quiritium* é *in bonis* no estaba tan íntimamente unida á estos dos modos, que pudiera decirse por ejemplo, que la herencia solo podia tener lugar en el primer caso, y la *posesion de bienes* en el segundo, aunque esta sin embargo no produjese mas que el derecho de tener la cosa *in bonis*. Los jurisconsultos que se someten á observar un órden riguroso en la es-

posicion de las máximas de derecho, es verdad que hablan ya de la posesion de bienes cuando tratan de la herencia; pero despues de esta tratan especialmente de lo que concierne á aquella, mientras que al contrario se observa el órden inverso en el Edicto, y la *legitima hereditas* viene despues de la *bonorum possessio*.

Lo que aumenta para nosotros la importancia de la doctrina de la *bonorum possessio*, es que en la época en que fueron redactadas las compilaciones de jurisprudencia que llevan el nombre de Justiniano se hacia en la práctica diaria una aplicacion mucho mas frecuente de la que permitió Justiniano despues de la promulgacion de sus Novelas.

(1) s. CLXXXIX, nota 3.

(2) Ulpiano (23, 6) dice solamente que para la validez de un testamento se necesita que el testador gozara aun de la cualidad de Romano; pero esto no prueba que la *bonorum possessio* no tuviese lugar respecto á la fortuna de un individuo que no era Romano.

(3) El interdicto llamado *interdictum quorum bonorum*, que se cita como una de las ventajas que produce la *bonorum possessio*, seria muy posible que fuese de época mas reciente. Por lo demas, es preciso unir á la posesion de bienes, no solamente el *in bonis est*, citado s. CCVI conforme á Ciceron, sino tambien la doctrina sacada de Gayo, segun la cual todos podian ponerse en posesion de una cosa que formase parte de la herencia, y adquirirla al cabo de un año, por la usucapion llamada *pro herede*, siempre que el verdadero heredero no hubiese entrado aun en posesion de la herencia.

(4) No puede dejar de recordarse la posesion (*bona possidere*) de los acreedores, con motivo de la *bonorum possessio*, si se atiende por una parte al nombre que emplea Ciceron para designarla, en el lugar en que las cita juntas como uno de los objetos del Edicto (s. CLXXVIII, nota 3), y por otra al s. 3 (4). *Instit.* 3, 9 (10), en que se dice expresamente: *Ne actiones creditorum differrentur... et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur; et eo modo sibi consulere, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfixit.*

(5) BIENER *ad Heinecc. Inst.* s. 690, nota 1. *Sine sacris hereditas* era ya una expresion proverbial en tiempo de Plauto.

§. CCXII. HEREDITAS en virtud de un testamento. Persona del testador y forma exterior del testamento.

I. Es natural pensar que la ley se ocupaba de un modo inmediato de fijar la antigua distincion entre la herencia testamentaria, y la intestada (*ab intestat*).

Para la validez de un testamento, era necesario, en cuanto á la persona del testador, que si era una mujer romana,

lo hubiese hecho con autorizacion de su tutor (*tutoris auctoritas*) (1). Bajo este concepto agradaba á la mujer infinitamente mas tener por tutor á un extranjero, que al mas próximo agnado, ó á su patrono, ambos á la vez sus tutores legítimos y sus herederos *ab intestat*; en efecto, un extranjero estaba obligado á dar su consentimiento, aunque no le moviese á ello su voluntad, y los otros no tenían precision de consentir. Acaso se introdujera ya en esta época á favor de las mujeres la facultad de testar desde la edad de doce años, aunque este derecho no contribuyó en nada á librarlas de la tutela, sino solamente á transformar la tutela que habia sobre ellas como impúberes, en tutela sobre una mujer romana. El derecho de ciudadanía no se exigia en ellas (2). Un sordo, un mudo, un demente, un pródigo, no podian testar. Un esclavo de la clase de los llamados *servi publici populi Romani*, podia disponer de la mitad de sus bienes por testamento (3).

En cuanto á la forma exterior necesaria para que un testamento pudiese transferir solamente la *hereditas*, porque habia otra diferente para la *bonorum possessio*, solo se efectuaba este acto *per æs et libram*; y siempre con la doble formalidad de la venta de la familia (*familiae mancipatio*) y la accesoria llamada *mancipatio testamenti*. Esta última se llamaba *testatio* en el sentido propio de la palabra. El testamento *in procinctu* estaba abolido. Sin duda no debe suponerse que se dedicáran á multiplicar adrede las dificultades del testamento, únicamente con el fin de impedir á los Plebeyos, ó al menos á los Libertos, que gozasen del beneficio introducido por las Doce Tablas.

(1) LIV. 39, 9. Este uso existia antes del año 556 de Roma. ULP. 20, 15.

(2) Es cierto que una mujer latina podia testar, puesto que en lo sucesivo un cierto Latinus Junianus insertó en la ley JUNIA NORBANA un artículo prohibiéndoles esta facultad (ULP. 20, 14). Un *dediticio* (*dedititius*) no podia testar, porque hablando propiamente, no pertenecia á ningun estado cuyas leyes pudiese invocar para arreglar la forma del testamento: *quoniam nullius certæ civitatis cives est* (a): *ut aversus* (b) *leges civitates testatur* (ibid).

(3) ULP. 20, 16.

(a) No hay duda en que debe leerse en esta frase *cives est*, en lugar de *sciens*.

(b) Lo que significa *secundum*, como 28, 1.