

Tal es la etimología, un poco dudosa, dada por Ulpiano á esta palabra genérica (1).

En suma; distinguiremos muchos casos: 1.º Si los materiales han sido empleados de buena fe, sólo tiene el dueño la accion de *tigno juncto*; una vez pagado por consecuencia de esta accion, ya no puede reclamar nada, aún cuando el edificio llegase á destruirse. 2.º Si los materiales han sido empleados de mala fe, podrá el dueño elegir, ó la accion *tigno juncto*, ó la accion *ad exhibendum*; pero sería un error deducir de aquí que el propietario del edificio pueda ser obligado á derribar; aquí no se le persigue por la accion *ad exhibendum* como poseedor de la cosa, sino por haber procedido de mala fe, de modo que no pueda ya poseerla (*quasi dolo malo fuerit quominus possideat*) (2); por consiguiente, hallándose en la imposibilidad de satisfacer á la exhibicion, será condenado por el juez. 3.º Si se quiere perseguir al ladron, habrá contra él la accion de hurto, y la condicion ó la accion *ad exhibendum*, como ya lo hemos explicado, podrá tambien intentarse contra él si mejor parece, la accion de *tigno juncto*, lo que no privará el derecho, si el edificio llega á destruirse, de vindicar todavía los materiales (3), porque en este caso el duplo que el ladron haya pagado por efecto de la accion de *tigno juncto* será considerado como pena de su robo.

XXX. Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabricum, posse cum per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei

30. Si, por el contrario, alguno con sus materiales edifica una casa en suelo de otro, se hace la casa propiedad del dueño del suelo. Mas en este caso el dueño de los materiales pierde la propiedad de ellos, porque se juzga que voluntariamente los ha enajenado; á ménos que ignorase que edificaba en suelo ajeno, y por tanto, aunque llegue á destruirse la casa, no puede vindicar los materiales. Es constante que si el constructor se halla en posesion, el dueño del suelo que reclama la casa como suya, sin pagar el precio de los materiales y la mano de obra, puede ser rechazado por la excepcion de dolo, en el caso en que el

(1) D. 47. 3. 1. § 1. f. Ulp.

(2) D. 47. 3. 1. § 2. f. Ulp.—6. 1. 23. § 6. f. Paul.

(3) D. 47. 3. 2. f. Ulp.

possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

constructor fuese de buena fe; pues si era de mala fe, se le podrá acusar de que habia edificado imprudentemente en un suelo que sabia era de otro.

Quia voluntate ejus alienata intelligitur. Este principio riguroso, porque se halla inserto en la Instituta, es generalmente conocido, y más de una vez se le invoca en nuestro derecho civil, mientras que se guarda silencio acerca de los pasajes del Digesto y del Código, que prueban que se le habia modificado particularmente. Así es que, segun un fragmento de Paulo y una constitucion de Gordiano, vemos que, á pesar del principio riguroso, es más conveniente (*benignius*), cuando el propietario vindica su terreno, conceder, aún al poseedor de mala fe, indemnizacion por los gastos necesarios ó verdaderamente útiles que hubiese hecho, lo que deberá el juez apreciar (1). Además, vemos en el Código que ya en tiempo de Antonino se habia decidido por una constitucion de este Emperador que despues de demolido el edificio, el que lo hubiese edificado, ya fuese de buena ó de mala fe, recobrase la propiedad de los materiales y pudiese vindicarlos, si no habia levantado el edificio con la idea de hacer donacion de él (*si non donandi animo edificia alieno solo imposita sint*) (2). Así, el hecho que ha querido presentar no se halla legalmente supuesto, y en realidad debe resultar de las circunstancias (3).

Per exceptionem doli mali. Hemos suficientemente explicado en nuestra *Generalizacion del Derecho romano*, p. 150, lo que eran las excepciones bajo el sistema del procedimiento por fórmulas, y lo que llegaron á ser en tiempo de Justiniano. En el caso en que segun los principios rigurosos de la ley civil existiese el derecho que servia de fundamento á la accion, pero en que habia que culpar al demandante por hechos de dolo, ya en los actos que habian dado origen al derecho; ya en la reclamacion que de ellos hacia, el magistrado, dando al juez la facultad de condenar, añadia la siguiente restriccion: condena «si no ha habido ni hay ningun dolo de parte de Aulo Agerio» (*si in ea re, nihil dolo malo Auli Agerii*

(1) D. 5. 3. 33. f. Paul.—Cod. 3. 32. 5. const. Gord.

(2) Cod. 3. 32. 2. c. Anton.

(3) Un fragmento de Paulo, que se halla en el Digesto (19. 2. 55. § 1.), nos dice que el arrendatario que ha edificado en el terreno que tiene en arrendamiento tiene derecho para ser indemnizado. En efecto, es evidente que no habia edificado para hacer donacion.

factum sit neque fiat) (1). En nuestro caso el propietario del terreno tiene derecho para vindicarlo porque es suyo; pero si se niega á pagar las obras, hay mala fe por su parte, y se le perseguirá en virtud de la excepcion de dolo. Pero esta excepcion sólo podia servir al que edificaba en el caso en que, hallándose él mismo en posesion, se viese perseguido por el propietario. Si por una circunstancia cualquiera hubiese dejado de poseer, no tenía ninguna accion para hacerse indemnizar. Sólo podia vindicar sus materiales despues de derribado el edificio. Erá una regla expresamente reconocida por los jurisconsultos romanos (2).

En suma: 1.º ¿Han sido las obras hechas de buena fe? Si el constructor posee, tiene contra el dueño que vindica la excepcion de dolo para hacerse pagar los materiales y la mano de obra; pero si no posee, sólo tiene el derecho de vindicar los materiales despues de la demolicion. 2.º ¿Han sido hechas las obras de mala fe? El constructor no tiene, segun el rigor del principio, ni accion ni excepcion para hacerse indemnizar. Sin embargo, una opinion más favorable le concede una indemnizacion de los gastos necesarios ó útiles, y una constitucion de Antonio le da derecho, despues de derribado el edificio, de vindicar los materiales si no habia tenido intencion de hacer donacion de ellos.

XXXI. Si Titius alienam plantam in solo suo possuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo possuerit, Mævii planta erit; si modo, utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices agit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices egerit. *Titii efficit arborem dicimus*; ratio enim non permittit alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egi-

31. Si Ticio pusiese en su suelo la planta de otro, será suya. Si, por el contrario, pusiese Ticio su planta en terreno de Mævio, la planta será de Mævio, con tal, en uno y otro caso, que haya echado raíces, porque hasta este momento permanece siendo del mismo propietario de quien era. Por tanto, desde que la planta ha echado raíces varía la propiedad, de tal modo que si un árbol inmediato al fundo de Ticio se halla tan próximo que haya introducido en éste sus raíces, decimos que se ha hecho propiedad de Ticio: la razon, en efecto, no permite que un árbol sea de otro, sino de aquel en cuyo fundo ha brotado sus raíces. Y por tanto, el

(1) Gay. 4. 119. La expresion *dolus malus* proviene de que los antiguos romanos distinguían el fraude *dolus malus* del engaño lícito *dolus bonus*, como, por ejemplo, el que se emplease para asegurarse de los ladrones. (D. 4. 3. 1. § 3.)

(2) D. 6. 1. 48. f. Papin.—12. 6. 33. f. Jul.—44. 4. 14. f. Paul.

set. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. árbol fijado en los confines de dos fundos, si extiende sus raíces al inmediato, se hace comun.

La regla formulada por Labeon y Gayo, *superficie solo cedit* (1), comprende en su generalidad, ya las construcciones: «*omne quod inaedificatur solo cedit*» (2), ya las plantaciones: «*planta quæ terræ coalescunt solo cedunt*» (3). El momento en que se verifica el cambio de propiedad es cuando la planta ha brotado sus raíces en el nuevo terreno (*ubi coaluit*); entónces se forma el vínculo de adherencia que une el uno á la otra. Sin duda no puede decirse todavía que deba su sustancia al nuevo terreno, pues apenas ha llegado á prender; sin duda podria tambien en todo rigor verificarse la separacion, y trasladar la planta á otro lugar; pero el interes de la agricultura se opone á este derecho de trasplacion. Por otra parte, despues de algun tiempo ya no sería justo, pues la planta se transforma alimentándose.

Las decisionès de los párrafos precedentes, en cuanto á los derechos y medios de hacerse indemnizar, se aplican á las plantaciones con estas importantes diferencias: 1.º, que la accion de *tigno juncto* no se extiende á este caso (4); 2.º, que en ningun caso, despues que el árbol cae, se hace, como en los materiales, de su primer propietario; porque, como sucede á todos los cuerpos orgánicos, se renueva por medio de la nutricion, y llega á componerse sólo de sustancias nuevas (5).

Titii efficit arborem dicimus. Parece que esta regla no ha sido unánimemente adoptada por los jurisconsultos romanos. Gayo la admitia, y Pomponio la rechazaba. Ambas opiniones las hallamos insertas en el Digesto (6).

XXXII. Qua ratione autem planta quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione, frumenta quoque quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is qui in alieno solo ædificaverit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi po-

32. Por la misma razon que las plantas arraigadas ceden al suelo, los granos sembrados siguen al suelo como accesion. Por lo demas, del mismo modo que el poseedor que ha edificado en suelo de otro, segun lo que hemos dicho, si el dueño vindi-

(1) Gay. 2. § 73.—Dig. 43. 17. 3. § 7. f. Ulp.

(2) Dig. 41. 1. 7. § 10. f. Gay.

(3) Ib. 9. tr. f. Gay.

(4) El propietario de la planta se hará indemnizar, ó por la accion *in factum* (D. 6. 1. 23. § 5. f. Paul.), ó por una accion útil en vindicacion (Ib. f. 5. § 1. Ulp.).

(5) D. 41. 1. 26. § 2. f. Paul.

(6) D. 41. 1. 7. § 13. f. Gay.—47. 7. 6. § 2. f. Pomp.

test per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

XXXIII. Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisque tuis carmen, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.

Es inútil sin duda observar que no se trata aquí de la propiedad de la obra literaria, considerada en sí misma, sino sólo de la propiedad de la escritura. La cuestión tenía una importancia de aplicación más inmediata en un tiempo en que, no existiendo la imprenta, la escritura de mano era el único medio de reproducir las obras.

XXXIV. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit possideat *consequens est ut utilis actio* domino tabulæ adversus eum detur. Quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is

ca contra él el edificio, puede defenderse por la excepción de dolo, así también es protegido por esta excepción aquel que á sus expensas y de buena fe ha sembrado el campo de otro.

33. La escritura, aunque sea hecha de oro, sigue en su accesión al papel ó al pergamino, como las obras ó las simientes siguen al suelo. Si por consiguiente, en tu papel ó en tu pergamino Ticio ha escrito versos, una historia ó un discurso, este libro no será de Ticio, sino tuyo. Pero si tú lo reclamas de Ticio como tuyo, sin estar dispuesto á pagar los gastos de escritura, podrá Ticio defenderse por la excepción de dolo, en el caso en que de buena fe se halle en posesión del papel ó del pergamino.

34. Si alguno ha pintado en tabla de otro, según algunos juristas, la tabla cede á la pintura, y según otros, la pintura, cualquiera que sea, cede á la tabla. Pero la primera opinión me parece preferible: sería ridículo, en efecto, que las obras de Apelles ó Parrasio siguiesen como accesión á una miserable tabla. De donde se sigue que si el dueño de la tabla se halla en posesión de la pintura, el pintor, que la vindicará sin pagar el precio de la tabla, podrá ser reconvenido por la excepción de dolo. Pero si es el pintor quien posee, esta circunstancia exige que se dé contra él al dueño de la tabla una acción útil. En este caso podrá éste, si no paga el precio de la pintura, ser rechazado por la excepción de dolo, con tal, sin embargo, que el pintor sea poseedor de buena fe. Es evidente que si la tabla ha sido roba-

qui pinxit subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio. da, ya por el pintor, ya por otro, compete al dueño de ella la *actio furti*.

Aliis videtur. Paulo era de esta última opinión, pero Gayo, por el contrario, juzgaba que el lienzo debe ceder á la pintura. Sus opiniones, aunque diametralmente opuestas, se hallan ambas en el Digesto (1). Si la pintura se hiciese en las paredes de un edificio, sería preciso variar de opinión.

Consequens est ut utilis actio. Siendo el pintor propietario del cuadro, es regularmente el único que puede vindicarlo de cualquier poseedor. Si, pues, se da una acción en vindicación al antiguo dueño de la tabla, no puede ser ésta más que una acción útil, es decir, una acción que sólo la equidad y la utilidad han introducido con el fin de que éste no pierda su tabla. Pero resulta de lo dicho que pagando la pintura, tendrá el cuadro. ¿Puede el pintor impedir esto y rechazar su acción, pagando el precio de la tabla? Los comentadores del derecho romano han sostenido esta cuestión. No conozco ningún texto que conceda al pintor dicha facultad. Los textos sólo hablan de la excepción de dolo, que se le da para hacerse pagar el precio de la pintura. Sin embargo, es preciso confesar que dándose la acción útil sólo por equidad para impedir que el dueño del lienzo sea defraudado, esta acción se hace inútil si el pintor ofrece el precio del lienzo. De otra manera se vería en una posición bien singular, cual es que para el pintor valdria más no poseer que poseer, pues en el primer caso podría, pagando el lienzo, vindicar el cuadro y conservarlo; mas en el segundo se vería obligado á cederlo. ¿No sería más conforme á los principios romanos decidir que el pintor, pagando el lienzo, pudiese prevenir la acción útil, pero que no pudiese rechazarla una vez entablada? —Vinnio en este párrafo impugna la expresión *consequens est*, diciendo que estas disposiciones, léjos de proceder de las anteriores, son excepciones de ellas. Yo no sé si me equivoco, pero, según mi juicio, la palabra *consequens* en el texto recae sólo sobre la circunstancia *si possideat*, siendo el sentido éste. Si el pintor posee, se sigue de esta circunstancia, etc.

Aquí se termina en la Instituta el examen de los diversos hechos que la mayor parte de los comentadores han colocado bajo el

(1) D. 6. 1. 23. § 3. Paulo.—41. 1. 9. § 2. f. Gay.—Gay, comm. 2. § 78.

principio de la accesion, con denominaciones especiales, relativas á igual número de especies diversas: el aumento, el aluvion, la coalicion, la adjudicacion, la especificacion, la conmixtion, la confusion, la construccion, la plantacion, etc.

Los cuatro párrafos siguientes se hallan fuera de la materia que nos ocupa, cual es, los modos naturales de adquirir la propiedad. Así es que no se hallan en la Instituta de Gayo. Quizá se han colocado en este lugar, porque despues de haber dicho que los frutos pertenecen al propietario, se ha querido hablar de casos excepcionales en que los adquieren otros, como sucede al poseedor de buena fe, al usufructuario y al arrendatario. Sin embargo, el párrafo siguiente indica la posesion de buena fe como un medio de adquirir segun la razon natural.

XXXV. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet *justa causa bona fide* acceperit, naturali ratione placuit *fructus quos percepit ejus esse* pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus *ab eo consumptis* agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possedit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

Justa causa, bona fide acceperit. Hay *justa causa* cuando se ha hecho al poseedor la tradicion, por una causa legal que lleve consigo la intencion de transferir la propiedad. Por ejemplo, por venta, dote, pago, etc. En adelante volveremos á tratar de esta materia. Poco importa ademas que la causa sea lucrativa, como un legado ó una donacion; nuestro texto no establece en este punto la menor diferencia. Hay posesion de buena fe, mientras que el poseedor ignore que el que le ha entregado el fundo no es propietario de él. Pero si en adelante llega á conocer esta circunstancia, deja desde aquel momento de adquirir los frutos (1); diferencia grandísima de la usucapion, para la cual basta, como explicaremos, haber sido al principio de buena fe.

(1) D. 41. 1. 8. f. Paul.—Véase por tanto D. 22. 1. 25. § 2. f. Jul.

35. Si alguno ha recibido de buena fe, de aquel que por error creia propietario, un fondo de tierra por venta, donacion, ó *cualquiera otra causa*, la razon natural ha aconsejado decidir que haga suyos los frutos que perciba, en recompensa de su cultivo y cuidado. Y si despues el dueño se presenta y vindica el fundo, no podrá demandar los frutos consumidos por el poseedor. En cuanto á aquel que á sabiendas posee el fundo de otro, no se le concede el mismo derecho; y con el fundo se le obliga á restituir todos los frutos, y aun los consumidos.

Fructus quos percepit ejus esse. Hay una regla frecuentemente propuesta por los jurisconsultos, y que importa observar bien por sus consecuencias, cual es, que el poseedor de buena fe, en cuanto á los frutos, se asimila al propietario (1). Pero es preciso para esto que hayan sido levantados del suelo. Mientras que se hallan pendientes, forman parte del suelo y siguen su condicion; mas respecto del suelo, el poseedor sólo tiene los derechos que da la posesion. Pero una vez levantados, ya lo hayan sido por el mismo poseedor, ya por cualquiera otro, ó ya naturalmente, poco importa, pues los frutos empiezan á existir separadamente como frutos, como objetos muebles: en tal estado, el poseedor de buena fe puede venderlos, consumirlos, *vindicarlos*, en una palabra, y ejercer sobre ellos todos los derechos de propiedad (2). Por error se ha inferido de esto que era realmente propietario. No lo es contra el señor del fundo, á quien estará obligado á devolvérselos, menos los que haya consumido: esto explica la contradiccion aparente de nuestro texto, que despues de haber hablado al principio de los frutos percibidos, sólo habla ya despues de los frutos consumidos.

Ab eo consumptis. Asimilado al propietario respecto de todos los frutos, desde el momento en que se levantan del suelo, el poseedor de buena fe sólo adquiere en definitiva los que consume (3). Los que todavía existen debe devolverlos, pues retenerlos sería enriquecerse con perjuicio de otro. Pero los que ya no existen no puede pedírselos el propietario. Los ha consumido de buena fe; y obligarle á dar un valor sería causarle generalmente un perjuicio efectivo. Obsérvese que el cultivo y el cuidado que ha aplicado á la produccion de los frutos no son un motivo suficiente para hacerse atribuir cuando se presenta el propietario. La única consecuencia equitativa que puede deducirse es que tiene derecho á ser indemnizado de sus fatigas y gastos. Pero el hecho del consumo de buena fe altera el estado de la cuestion. Es preciso necesariamente que sufran las consecuencias perjudiciales, ya el poseedor de buena fe que sólo ha consumido los frutos de que se creia dueño, ya el propietario, cuya negligencia es una de las causas principales del error. La razon condena esto último.

(1) *In percipiendis fructibus, in juris habet quod domini tributum est* (D. 22. 1. 25. § 1. f. Jul.). *Quod ad fructus attinet loco domini pene est* (D. 41. 1. 48. f. Paul.).

(2) D. 7. 4. 13. f. Paul.—D. 41. 1. 48. f. Paul.

(3) D. 41. 1. 40. f. Afric.—41. 3. 4. § 19. f. Paul.—42. 1. 41. § 1.—20. 1. 1. § 2. f. Papin.—10. 1. 4. § 2. f. Paul.

¿Ganaría el poseedor de buena fe, consumiéndolos, los frutos naturales, es decir, los que la tierra produce espontáneamente, sin ningun cultivo por su parte? Esta cuestion ha sido agitada por los comentadores. Sin entrar en una larga discusion, diré que un fragmento de Pomponio expresa terminantemente que no los adquiere (1), mientras que otro fragmento de Paulo parece decir positivamente que los adquiere (2). Lo que hay de cierto es que respecto de estos frutos, lo mismo que de todos los demas, se le asimilaba á un propietario desde que se alzaban del suelo; pero debia dar cuenta de ellos al señor del fundo, aún despues de haberlos consumido? A mi juicio en esto consiste toda la cuestion; y la distincion que yo hago puede servir para esclarecerla.

En suma, no creo inútil repetir, como análisis de este párrafo, que el poseedor de buena fe tiene, en cuanto á los frutos, dos ventajas bien distintas: la primera, de ser considerado como propietario, y poder ejercer todos los derechos de tal respecto de cualesquiera frutos desde que se han lanzado del suelo; la segunda, de no deber dar cuenta al señor del fundo de los frutos consumidos.

XXXVI. Is ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredes ejus non pertinet, sed domino proprietatis acquiruntur. *Eadem fere* et de colono dicuntur.

36. El usufructuario de un fundo no se hace propietario de los frutos sino á proporcion que los percibe. Si á su muerte los frutos, aunque maduros, no han sido todavía recolectados, pertenecen absolutamente, no á sus herederos, sino al dueño de la propiedad. Casi lo mismo se dice respecto del arrendatario.

Cuando hablemos del usufructo volveremos á examinar estas disposiciones, extrañas á la materia que nos ocupa.

Eadem fere. Lo mismo que el usufructuario, tampoco se hace el arrendatario propietario de los frutos sino cuando los percibe: en adelante extenderemos las consecuencias de este principio (3). Pero con la diferencia del arrendatario respecto del usufructuario, que, muriendo aquél, trasmite su arrendamiento, y por consiguiente sus derechos, á sus herederos (4).

(1) D. 22. 1. 45. f. Pomp.

(2) D. 41. 1. 48. f. Paul.

(3) D. 19. 2. 60. § 5. f. Javol.

(4) Cod. 4. 65. 10. c. Gord.

XXXVII. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, pili et lana, itaque agni hœdi et vituli, et equuli, et suculi, statim naturali jure dominio fructuarü sunt. Partus vero ancillæ *in fructu non est*, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.

37. En los frutos de las bestias se colocan las crías lo mismo que la leche, el pelo ó la lana. Así los corderos, los cabritos, las vacas, los potros, los lechones, se hacen por su naturaleza, al nacer, propiedad del usufructuario. Pero entre los frutos de una esclava *no se entienden sus hijos*, que por consiguiente pertenecen al dueño de la propiedad. Pareceria absurdo, en efecto, considerar como fruto al hombre, para quien la naturaleza lo ha criado todo.

In fructu non est. Esta cuestion, como nos lo dice Ciceron, habia sido discutida entre los antiguos jurisconsultos (1). Ulpiano da la misma decision que Gayo, de quien se ha sacado el pasaje de la Instituta; pero da otra razon: «*Fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant*» (2). Así, segun él, los hijos de una esclava no son frutos, porque no se compra una esclava con el objeto especial de hacerla producir. Pero esta razon sería igualmente aplicable á todos los animales, en quienes se buscan más bien los servicios que las crías, como una vaca de la labor, una burra ó una mula para el transporte, etc. Sin embargo, no sucedia así, y debe reconocerse que las dos razones, diferentes en la apariencia, coinciden realmente en la misma idea. Aunque el esclavo se hallase colocado entre las cosas, habria sido descender al último escalon de la degradacion considerarlo destinado á dar crías, y asimilar sus hijos á los frutos de la tierra. En cuanto al hecho, y llegando al origen de la cuestion, se ve que un sentimiento de dignidad hácia el hombre lo habia hecho realzar por los jurisconsultos filósofos, y dictado la decision inserta en la Instituta.

XXXVIII. Sed si gregis usum fructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuaris submittere debet, ut ex Juliano visum est, et in venearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere, et quasi bonus pater familias uti debet.

38. El usufructuario de un rebaño debe con las crías reemplazar las cabezas muertas, como era opinion de Juliano; y el usufructuario de un campo debe reemplazar las viñas y árboles que perezcan; pues debe cultivar y usar del terreno como un buen padre de familia.

Este párrafo corresponde absolutamente á la materia del usufructo.

(1) Cicer. *De fin. bon. et mal.* lib. 1. cap. 6.

(2) D. 5. 3. 17. f. Ulp.

XXXIX. *Thesaurus quos quis in loco suo invenerit, divus Hadrianus, naturalem equitatem secutus ei concessit qui invenerit. Idemque statuit si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera sed fortuito invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est ut si quis in fiscali loco, vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, et dimidium fisci, vel civitatis.*

Encontramos en un fragmento de Paulo, que se halla en el Digesto, una definicion del tesoro en estos términos: «*Thesaurus est vetus quedam depositio pecunie, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*» (1). Dos hechos constituyen el carácter esencial del tesoro; á saber: el depósito de la cosa hecho en otro tiempo en un lugar cualquiera (*vetus depositio*), y la pérdida de todo recuerdo de propiedad acerca de aquella cosa (*cujus non extat memoria*).

El tesoro no se halla verdaderamente colocado en la clase de las cosas *nullius*, porque la propiedad nunca se ha perdido realmente, sino sólo borrado los recuerdos de ella. Por otra parte, no es exacto decir que sea accesion del suelo porque en él se halla oculto, aunque no forma parte integrante de él, parte subordinada. Ni el descubridor, ni el propietario tienen en todo rigor derecho de propiedad para reclamarlo, ya por ocupacion, ya como accesion: el legislador habria, por ejemplo, podido decidir que habiendo desaparecido toda memoria de propiedad privada, el tesoro sería público y pertenecería al Estado. Pero juzgando más conveniente abandonarlo á los particulares; tomando en consideracion por una parte el hecho del descubrimiento que sacó á luz una propiedad sepultada, y por otra, la situacion del objeto que parecia ofrecer-

(1) D. 41. 1. 31. § 1. f. Paul. La palabra *pecunie* debe entenderse en este fragmento como lo es comunmente en las leyes romanas, es decir, en un sentido general.

se más fácilmente al propietario para que lo descubriese; para evitar el desagrado que naturalmente experimentarían al verse privados completamente de lo que el uno habia descubierto y de lo que se habia llegado á descubrir en terreno de otro, y que parecia, por decirlo así, destinado para él, la ley romana distribuye el tesoro por mitad entre el descubridor y el propietario. No hay ocupacion ni accesion verdaderas; pero hay analogía entre estas ideas y los motivos que decidieron al legislador en la atribucion que hace de la propiedad.

Divus Hadrianus. Todas las decisiones citadas en este párrafo corresponden á Adriano. El historiador Elio Esparciano, en la vida de este Príncipe, analiza de este modo sus disposiciones: «*De thesauris ita cavet ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur; si quis in alieno dimidium domino daret; si quis in publico, cum fisco aequaliter partiretur* (1).

In sacro aut religioso. Estos lugares eran *res nullius*, y nadie podia reclamar la parte concedida al propietario. Sin embargo, en cuanto al territorio de las provincias, cuyo dominio estaba reputado como perteneciente al pueblo ó á César, y acerca del cual nos dice Gayo que no podia realmente haber en el lugar sagrado ni religioso, la mitad del tesoro en el mismo descubierto debia volver al pueblo ó á César en calidad de propietario. Esto es lo que nos explica un fragmento mal comprendido del Digesto, en el cual vemos que Marco Aurelio y su hermano Lucio Vero habian atribuido esta parte al fisco (2). Sea como quiera, las Instituciones sancionan la determinacion de Adriano, porque en tiempo de Justiniano se acabó toda distincion en cuanto al suelo del imperio.

Fortuito invenerit. Acerca de este objeto es digna de observacion una constitucion del emperador Leon, inserta en el Código de Justiniano (3). Se permite á cualquiera que busque tesoros dentro de su propiedad, con tal, dice aquel Emperador, que no se haga con el auxilio de sacrificios criminales, ó por cualquier otro medio odioso que las leyes deban castigar. Las leyes mismas de aquellos tiempos estaban señaladas con la marca de ideas supersticiosas.

(1) *Zellus Spartian.* *In Hadrian.*, p. 9, edicion de Paris, 1620, en fól.

(2) D. 49. 14. 3. § 10. f. Calist. Este fragmento se entiende en otro sentido por muchos comentadores.

(3) C. 10. 15. Const. única.

Añade la misma constitucion que si se hacen excavaciones de intento en el fundo de otro, todo lo que se descubra corresponderá al dueño del fundo.

Dimidium domino soli. Una constitucion que se encuentra en el Código teodosiano y que pertenece á los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (1), sólo concedia la cuarta parte al propietario del fundo. Justiniano se refiere á las disposiciones de Adriano.

Hemos llegado al último medio natural de adquirir que tenemos que examinar, cual es la tradicion. No es necesario repetir los detalles históricos que hemos dado acerca de esta materia. Sabemos que la tradicion se hacía sin ninguna solemnidad, y que se aplicaba en tiempo de Justiniano á todas las cosas corpóreas.

Existe una íntima relación entre posesion y tradicion, porque la tradicion no es más que la entrega de la posesion (*possessio translatio*).

Yo puedo entregaros mi cosa sin ninguna intencion ni por mi parte ni por la vuestra de haceros propietario de ella; por ejemplo, cuando os presto ó cuando os doy á guardar mi caballo. En este caso sólo os doy la *posesion física*. Esta tradicion, puramente corporal (*nuda traditio*), no os hace ante la ley ni poseedor ni propietario, aunque tenga algun efecto legal.

Yo puedo daros mi cosa con intencion, tanto por mi parte como por la vuestra, de que seais propietario de ella, en cuyo caso os doy la *posesion legal*. Esta tradicion os hace á un tiempo poseedor y propietario.

En efecto, respecto de las cosas *nullius*, cuya posesion y cuya propiedad no son de nadie, si tomáis la posesion de ellas, al punto os haceis propietario. Respecto de las cosas privadas, cuya posesion y cuya propiedad corresponden á otro, si el propietario que puede enajenar os da la posesion con intencion de transferiros la propiedad, al punto os haceis propietario de ellas. En el primer caso (*occupatio*), la sola posesion de que vos mismo os apoderáis es la que produce la propiedad. En el segundo (*traditio*) se os da la posesion por el propietario, unida á la voluntad de este propietario.

Esto supuesto y teniendo presente que la posesion legal se com-

(1) Cod. Teod. lib. 10. tit. 10. *De thesauris*, const. 2.

pone de dos elementos, cuales son el hecho y la intencion: el hecho, que consiste en que la cosa se halle de un modo cualquiera á nuestra libre disposicion; la intencion, que consiste en la voluntad de poseer como dueño, es fácil deducir que las reglas de la tradicion son: 1.^a Que la cosa haya sido puesta de un modo cualquiera á disposicion de aquel á quien se le quiere dar. 2.^a Que haya sido entregada y recibida con intencion de transferir la propiedad de ella (1). Cuando estas dos circunstancias se reunen hay tradicion de la posesion legal, pero para que la propiedad sea al punto transferida, es preciso: 3.^a Que esta tradicion se haga por el propietario que tenga capacidad para enajenar.

Se han distinguido muchas especies de tradiciones; pero así como no existe más que una sola posesion legal, tampoco existe para adquirir la propiedad más que una sola ocupacion y una sola tradicion, consistente la una en la adquisicion de la posesion legal, y la otra en la entrega de esta posesion, hecha con el objeto de transferir la propiedad. En cuanto á las circunstancias particulares que pueden presentarse, sólo producen modificaciones accesorias que en nada se oponen á los principios fundamentales.

Como en las cosas incorpóreas no puede haber, propiamente hablando, posesion, tampoco puede haber tradicion (2). Pero pues se ha admitido respecto de estas cosas en ciertos casos una *casi posesion*, que consiste en el ejercicio del derecho, existe tambien en ciertos casos una especie de tradicion que consiste en dar y en tolerar el ejercicio del derecho (3). Esto es lo que generalmente se llama *casi traditio*.

Sólo me resta ya que hacer una reflexion, que es importante, porque se refiere al carácter general del derecho romano.

No siendo la propiedad un hecho, sino un derecho, un producto de la ley, es posible sin duda establecer en una legislacion que esta propiedad sea transferida de una persona á otra por la sola voluntad de las partes en virtud de la ley, y sin ningun hecho exterior. Tal es la regla adoptada en el derecho frances. Pero tambien puede exigirse, para que la propiedad sea transferida, que haya habido, ademas de la convencion de las partes, la entrega de

(1) D. 44. 7. 55. f. Javol.

(2) *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est* (Gay. 2. § 28. -- D. 41. 1. 43. § 1. f. Gay.)

(3) D. 7. 1. 3. pr. f. Gay. -- 8. 1. 20. f. Javol. -- 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.

la posesion. ¿ Ofrece este sistema más ó ménos ventajas que el primero? Diré solamente que es mucho más natural, y que la propiedad, que es un derecho respecto de todos, se halla entónces manifestada á todos por el signo exterior que regularmente la acompaña y que la hace presumir; el poder, la posesion. Este era el sistema sancionado por las leyes romanas; y una constitucion de Diocleciano expresa en estos términos el principio: «*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*» (1). Así en este sistema las convenciones legalmente formadas tenían por efecto ligar á las partes y obligarlas á dar lo que habian prometido, aunque no trasladaban la propiedad. Para verificar esta traslacion era preciso, por regla general, que la cosa hubiese sido entregada.—¿Se aplicaba esto á los objetos incorpóreos? ¿Bastaba la sola convencion para dar estos objetos? ¿Ó era precisa la casi tradicion en los casos en que podia tener lugar? Esta cuestion la examinaremos en adelante.

No debe creerse que fuese la tradicion el único medio de adquirir, ó que la propiedad no se transmitiese nunca en virtud de la ley, sin que hubiese posesion. Veremos lo contrario en los legados, en las donaciones *mortis causa*, en las sucesiones, etc., y explicaremos los motivos. Paso ahora á explicar los pormenores.

XL. Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi: et ideo *cujuscumque generis sit* corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia quæ in provinciis sunt, inter quæ nec non et italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia; sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut *qualibet alia ex causa* tradantur, sine dubio transferuntur.

Cujuscumque generis. No han de entenderse estas palabras en el sentido de que toda cosa corpórea, y áun los templos, los edificios

(1) Cod. 2, 3. 20. c. Dicel. y Max.

públicos, el sol, etc., puedan ser entregados. Los redactores de la Instituta han querido hacer alusion á la variacion introducida por Justiniano, que hizo la tradicion aplicable á toda cosa corpórea, sin distincion de las que eran *mancipii* ó *nec mancipii*. Esto es lo que explican las frases siguientes. La constitucion que ha consagrado esta variacion, y de la que habla nuestro texto, es la misma que hemos citado en otra parte.—Sabemos que por *bienes estipendiarios* se entendian los fundos de las provincias atribuidos al pueblo, y por *bienes tributarios* los atribuidos al emperador (*Hist. del der.*, pág. 235).

Qualibet alia ex causa. El hecho físico de la tradicion no transfiere la propiedad, si para ello no hay una causa justa. «*Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, ut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur*» (1).

Los jurisconsultos romanos entienden por *justa causa* de la tradicion un contrato ó un hecho cualquiera que lleve consigo como consecuencia la voluntad de transferir la propiedad, y con este objeto hacer la tradicion.

Así la tradicion hecha por un niño ó por un loco, sin que ningun hecho haya podido determinar en ellos ninguna voluntad, no tiene causa y no produce ningun derecho. La tradicion hecha por causa de préstamo, de arrendamiento, de depósito, contratos que no llevan consigo la voluntad de transferir la propiedad, no tiene lo que se llama una justa causa (*justa causa*), y no produce la propiedad. Hasta aquí hay sólo entrega de la posesion física, y por consiguiente, *tradicion puramente física (nuda traditio)*. Pero la tradicion hecha por causa de venta, de pago, de cambio, de legado, de donacion, de cualquier otro contrato ó cualquier otro hecho, con tal que lleve consigo como consecuencia la voluntad de transferir la propiedad, tiene una justa causa, y produce al mismo tiempo la entrega de la posesion legal y la traslacion de la propiedad. Hay más: puede este contrato, este hecho, no haber sido determinado sino por el dolo de una de las partes cometido contra la otra (2); ó bien puede haber ocurrido equivocacion entre las partes, dando la una por tal causa, y la otra recibiendo por otra (3); poco importa, pues basta que el hecho haya producido

(1) D. 41. 1. 31. f. Paul.—Ulp. Reg. 19. 7.—Gay 2. § 20.

(2) C. 4. 44. 10.

(3) 41. 1. 36. f. Jul.—A pesar de 12. 1. 18. f. Ulp.

la voluntad de transferir la propiedad, para que la tradicion produzca sus efectos, es decir, la enajenacion de la cosa, salvas las acciones personales que pudiese haber en estos casos (1).

XLI. *Venditæ vero res et traditæ, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem ex lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici: sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

41. Pero las cosas vendidas y entregadas no las adquiere el comprador sino cuando ha pagado el precio al vendedor, ó satisfecho á este último de cualquier manera, como, por ejemplo, dándole un *expromisor* ó una prenda. Este principio se halla sancionado por la ley de las Doce Tablas, lo que no impide que con razon se diga que procede del derecho de gentes, esto es, del derecho natural. Mas si el vendedor ha seguido la fe del comprador, es preciso decidir que la cosa la adquiere inmediatamente el comprador.

El que vende no tiene intencion de transferir la propiedad sino cuando se le paga el precio. Si no se le paga, la propiedad no ha sido transferida. Mas si el vendedor se ha contentado con recibir una prenda, una fianza, un *expromisor*, por este solo hecho ha consentido en transferir inmediatamente la propiedad, y en quedar siendo únicamente un acreedor por el precio. Lo mismo sucede absolutamente cuando satisfecho de la fe del comprador no exige ninguna seguridad, como, por ejemplo, cuando le concede un plazo para el pago, ó cuando en este particular confia en su buena fe. Pero este hecho debe probarse por el comprador.

Expromissore. Designa esta palabra un tercero que promete al acreedor pagar él mismo la obligacion, y que de esta manera deja libre al deudor.

Lege Duodecim Tabularum. Esta frase es notable en cuanto apoya la opinion que yo he adoptado, de que la venta y la tradicion natural existian, aún bajo las Doce Tablas, para las cosas *non mancipii*.

(1) Véase Dig. lib. 12, tit. 6 y 7. — M. Warnkoenig se ha separado de la opinion comun en una disertacion sobre este asunto (*in Archiv. jur. die civiltst. Praxis*, vol. VI, p. III-133) y en sus comentarios del derecho romano (t. 1, p. 374 y sig.). Entiende por *justa causa* la voluntad de transferir la propiedad manifestada por un hecho cualquiera. Esta opinion tiene alguna cosa de más general, porque en definitiva es siempre la voluntad de transferir la propiedad la que produce la tradicion y le da sus efectos. Pero no es éste el sentido que daban los jurisconsultos romanos á la palabra *causa*. Todos los textos prueban que entendian por ésta el hecho que determinaba la voluntad de transferir la propiedad, y no la voluntad misma.

XLII. *Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius.*

42. Mas nada importa que la tradicion se haya hecho por el mismo dueño ó por otro segun su voluntad.

XLIII. *Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex iis negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.*

43. Por esta razon, si aquel á quien el dueño ha confiado la libre administracion de todos sus bienes, vende y entrega una de las cosas comprendidas en su administracion, transfiere la propiedad de ella.

Siempre, porque procede conforme á la voluntad del dueño, de quien sólo es un instrumento. Este párrafo da origen á la cuestion de saber si el mandato general de administrar da poder para vender. No es éste el lugar de discutirla detenidamente. Pero debe observarse que semejante mandato da siempre el derecho de hacer las ventas que exijan las circunstancias, y que entran por lo mismo en la administracion, como, por ejemplo, la de los frutos y otros objetos que pueden experimentar deterioro (1). Además, conviene notar la expresion de nuestro texto: *Libera universorum negotiorum administratio*, expresion que se encuentra en el Digesto, en fragmentos de Gayo y Paulo (2), y que indica la gran latitud que se da al administrador. Esto lo confirma la paráfrasis de Teófilo.

XLIV. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit vendiderit tibi, aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur proprietatem, perinde ac si eo nomine tradita fuisset.*

44. Alguna vez basta sin tradicion la sola voluntad del dueño para enajenar; como, por ejemplo, si la cosa que ha dado á préstamo, en arrendamiento ó depósito, te la vende ó te la da, aunque en ejecucion de esta venta ó de esta donacion no te la haya entregado, por sólo el hecho de consentir en que se haga tuya, al punto adquieres la propiedad, como si con este objeto se hubiese verificado la tradicion.

Partiendo del principio de que es preciso para que la propiedad por consecuencia de una convencion sea transmitida de una persona á otra, reunir la posesion legal del objeto y la voluntad del propietario de transferir su propiedad, se deduce: 1.º que si deteneis mi cosa porque os la he prestado, alquilado, etc., teneis ya el he-

(1) D. 3. 3. 63. f. Modest.

(2) D. 3. 3. 58. f. Paul. — 41. 1. 9. § 4. f. Gay.

cho corporal de la posesion. A este hecho se junta la intencion desde que convenimos en que se os transferirá la propiedad: adquirís, pues, la posesion legal, y hay ademas la voluntad del propietario de enajenar. Así es que adquirís la cosa. No ha habido tradicion corporal del objeto, porque ya estaba en vuestro poder; pero ha habido por nuestra sola voluntad entrega de la posesion legal, y por consiguiente, traslacion de propiedad (1);

2.º Que si, vendiéndoos ó donándoos mi cosa, convenimos en que yo he de retenerla en usufructo, arrendamiento, prenda, etc., principio al punto á poseer por vos, adquirís la posesion legal, y hay ademas voluntad del propietario de enajenar; por consiguiente se transfiere la propiedad (2). No ha habido tradicion corporal del objeto, pero ha habido toma de la posesion legal;

3.º Que si teneis ya la posesion legal de mi cosa, como, por ejemplo, porque la habeis comprado, recibido en donacion ó en legado, de una persona que no era propietario de ella, sólo os falta la voluntad del propietario de enajenar; si esta voluntad se manifiesta, si yo consiento en que adquirais la cosa, al momento se verifica (3). Este caso es muy notable, porque no ha habido ninguna toma de posesion, pues ya la teniais.

En todos estos casos la sola voluntad transfiere la propiedad sin ninguna entrega corporal; porque, ó la posesion legal existía ya en favor del que adquiere, ó ha bastado la sola voluntad para dársela.

Los antiguos comentadores han usado en estos casos el nombre de *tradicion ficticia*, pretendiendo que debe suponerse que ha habido una tradicion; por ejemplo, que me habeis devuelto la cosa que yo os habia prestado ó que poseiais, y que yo despues os he entregado, ó bien que os he entregado la cosa que os vendia, y que despues me la habeis dado en arrendamiento, etc. Pero estas suposiciones no serian en este lugar absolutamente de ninguna utilidad (4), porque para transferir la propiedad no es indispensable

(1) D. 41. 1. 9. § 5. f. Gayo.

(2) C. 8. 54. 28. c. Honor y Teod.—D. 6. 1. 77. f. Ulp.

(3) D. 41. 1. 21. § 1. f. Pomp.

(4) Digo en este lugar, porque hay casos particulares en que estas suposiciones no carecerian de resultado. Por ejemplo, en el *mutuum*, á causa del principio de que no se puede dar en *mutuum* sino aquello de que uno es propietario. Así los juriscónsultos romanos discutian en este caso acerca de la admision de tales suposiciones (D. 12. 1. 15. f. Ulp.—17. 1. 34. pr. f. Afric.). El error de los comentadores procede de haber aplicado á la adquisicion de la propiedad lo que era especial en ciertas circunstancias determinadas.

la tradicion corporal, sino la posesion legal: siempre que haya esta última sin tradicion es aquélla completamente inútil.

Los comentadores han usado tambien para los mismos casos la expresion de tradicion de *breve mano*, tomada de un fragmento del Digesto (1); y en oposicion á ésta, la de tradicion de *larga mano*, sacada tambien del Digesto (2), y aplicable al caso de que el que adquiere no se haya en cierto modo apoderado de los objetos sino con la vista, especie de *mano larga*; por ejemplo, cuando se ha puesto en su presencia un talego de dinero, ó cuando se le ha señalado con el dedo el campo que se le entregaba. Sin disputar acerca de las expresiones de *breve* y *larga mano*, es preciso decir que para adquirir la propiedad no existe más que una sola tradicion, que consiste en la entrega de posesion, entrega que puede efectuarse por todos los medios propios para poner la cosa á disposicion del adquirente. Estos diversos medios pueden enunciarse por medio de expresiones diferentes, por ejemplo, *recibir la cosa de larga mano*; pero no se sigue de esto que haya otras tantas especies diversas de tradicion.

XLV. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

45. Del mismo modo el que ha vendido géneros depositados en un almacén, desde el momento en que entrega al que adquiere las llaves del almacén, le transfiere la propiedad de los géneros.

Porque los pone á su disposicion: hay entrega de la posesion. Pero es preciso añadir que la entrega de las llaves, para que produzca este efecto, debe hacerse cerca de los almacenes (*apud horrea*). Esto es lo que dice terminantemente Papiniano (3), y lo que repite la paráfrasis de Teófilo. Los comentadores han llamado á esta tradicion *tradicion simbólica*, suponiendo que las llaves son el símbolo de los géneros. Esta suposicion, que no está justificada en ningun texto, es tanto más arbitraria, cuanto que habiendo consa-

(1) *Quotiens autem extraneus accepto fert, debitori dotis constituenda causa, si quidem nuptiae insecte non fuerint, liberatio non sequitur; nisi forte sic accepto tulli ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere, et marito datum* (D. 23. 3. 43. § 1. f. Ulp.). Hé aqui un caso en que era útil esta suposicion para hacer adquirir á la mujer.

(2) *Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur ut et tu statim libereris, et mea esse incipiant. Nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, acquisita mihi, et quoda modo manu longa tradita existimanda est* (D. 46. 3. 79. f. Javol.).

(3) *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint* (D. 18. 1. 74. f. Pap.).

CAPILLA ALFONSINA

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

U. A. N. L.

grado la legislación romana muchos actos simbólicos, como ciertas formalidades de las acciones de la ley, las manumisiones, las cesiones *in jure*, etc., es preciso abstenerse de colocar entre tales actos aquellos que nunca estuvieron comprendidos entre ellos.—Por lo que respecta á la tradición, recordemos que hay hecho de posesion siempre que la cosa se encuentra, sea del modo que quiera, á disposicion del que la adquiere (1).

XLVI. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transferit rei proprietatem: ut ecce, prætores et consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

46. Con frecuencia hay casos en que, aunque se dirija á una persona indeterminada, la voluntad del dueño transfiere la propiedad. Así, pues, los pretores y los cónsules que dan el dinero al pueblo ignoran lo que tocará á cada uno; pero como quieren que cada uno adquiera lo que pueda coger, le hacen al momento propietario de ello.

La tradición y la ocupacion concurren en cierto modo en el caso presente para dar la propiedad; pero todo está fundado en la voluntad del dueño.

De la pérdida de la posesion y de la propiedad.

Constando la posesion legal del hecho y de la intencion, debe dejar de existir si falta uno de estos elementos. En efecto, un fragmento del Digesto consagra este principio: *Possessionem amitte vel animo vel etiam corpore* (2).

La posesion legal se pierde por el hecho (*corpore, facto*) desde que la cosa cesa de estar á nuestra disposicion. Por ejemplo, para las cosas muebles, si la cosa nos ha sido sustraída ó arrebatada con violencia (3); si la hemos perdido de tal modo que ignoremos absolutamente su paradero (4); si las piedras que nos pertenecen

(1) Esta teoría sencilla y conforme á los textos, que ha hecho desaparecer las sutilezas introducidas respecto á las tradiciones, fué expuesta primero en alemán por M. de Savigny en su tratado de la posesion, y pronto se adoptó generalmente.

(2) D. 41. 2. 44. § 2. f. Pap. Véase en el mismo título el fragmento 8. de Paulo, que dice que la posesion no cesa sino cuando se pierde á la vez el hecho y la intencion. *Quemadmodum nulla possessio acquirit nisi animo et corpore potest: ita nulla mittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Opinión que se encuentra repetida en iguales términos en otro fragmento del mismo juriconsulto (D. 50. 17. 153). Estos dos textos, que forman una antinomia muy marcada, no pueden destruir el principio y las leyes que lo consagran.

(3) D. 41. 2. 15. f. Gayo, y 3. § 13. fr. Paul.

(4) Ib. 25. pr. f. Pomp., y 3. § 13. fr. Paul.

han sido sumergidas en el Tíber (1); si el animal silvestre que tenemos encerrado ha recuperado su libertad natural.

Respecto de las cosas inmuebles, si uno ha sido arrojado violentamente de sus fundos (*vi dejectus*) (2); y si el río ó la mar inundan vuestro terreno (3). Pero sería un error creer que por el mero hecho de estar ausente se deja de poseer; el hecho de posesion legal no consiste en que realmente tengamos la cosa, sino en que esté á nuestra entera disposicion. Por lo demas, la ausencia no sirve de obstáculo á este hecho (4). Esto ha dado origen á este adagio: *Animo retinetur possessio*.

La posesion legal se pierde por la intencion (*animo*) desde que se ha establecido que ya no queremos poseer aunque retengamos todavía la cosa (5). Tal es el caso en que vendemos la cosa, reteniéndola en arrendamiento ó á préstamo.—El pupilo y el demente, no teniendo voluntad legal, no pueden de este modo perder posesion (6).

En cuanto á la propiedad, sin entrar en el pormenor de todos los hechos que la destruyen, nos basta decir que se pierde forzosamente: 1.º Cuando el que la tenía se hace incapaz de ser propietario, como sucede cuando muere ó cuando es hecho esclavo. 2.º Cuando la cosa parece ó sale del patrimonio de los hombres, como sucede con los objetos que se hacen sagrados y religiosos, ó con el animal silvestre que recobra su libertad. 3.º Cuando la propiedad se transfiere á otro, lo que es relativo al conocimiento de los modos con que se verifica esta traslacion; y 4.º, en fin, cuando el propietario desecha su cosa porque ya no la quiere. Sólo de este caso hablan los dos párrafos siguientes.

XLVII. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelic-

47. Segun esto, es muy exacto decir que el que se apodera de una cosa abandonada por su dueño se hace al momento propietario de ella. Se considera como abandonado lo

(1) D. 41. 2. 13. f. Ulp.

(2) Ib. 3. §§ 8 y 9. f. Paul.—41. 3. 4. § 22. f. Paul.

(3) Ib. § 17.

(4) Ib. § 11.—Ademas vemos en Papiniano y en los juriconsultos que han seguido su parecer, que si en vuestra ausencia se apodera alguno de vuestro fundo, no perdeis la posesion mientras lo ignoreis, sino cuando, sabiéndolo, se disputan ó desconocen vuestros derechos. (Ib. 46. f. Pap.; 3. §§ 7 y 8. f. Paul.; 6. f. Ulp.; 25. § 2. f. Pomp.)

(5) Ib. 3. § 6. f. Paul. La conclusion de este párrafo es ésta: *Agitur amitti et animo solo potest quamvis acquirit non potest.*

(6) Ib. 29. f. Paul., y 27. f. Procul.

to autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolit; ideoque *statim dominus esse desinit*.

Statim dominus esse desinit. Porque pierde al instante la posesion legal y la intencion de propiedad. Un fragmento de Paulo, en el Digesto, nos dice que, segun Próculo, la propiedad de la cosa abandonada no debia perderse hasta que otro se apoderase de ella; pero esta opinion no se siguió, y con razon: mientras que de la cosa abandonada nadie se apodera es *res nullius*; y desde que alguno se apodera de ella, éste la adquiere (1).

XLVIII. Alia causa est earum rerum quæ in tempestate maris, levandæ navis causa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua causa, si quis, eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

De este párrafo debemos deducir que el abandono de la cosa no hace perder la propiedad sino cuando se verifica con intencion de deshacerse de la propiedad. Los ejemplos citados en el texto comprenden la aplicacion de este principio. Una ley del Digesto, relativa á lo que se arroja al mar, parece opuesta á nuestro párrafo (2); pero leyéndola atentamente se ve que todo se reduce á una cuestion de intencion. No hay sobre esto la menor duda.

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA POSESION Y Á LA PROPIEDAD.

No es tiempo de entrar en el pormenor de todas las acciones relativas á la posesion y á la propiedad; pero son indispensables algunas ideas generales.

(1) D. 41. 7. 2. f. Paul.

(2) D. 47. 2. 43. § 11. Ulp.

que el dueño desecha, porque no quiere tenerlo más entre sus bienes; de lo que se sigue que *cesa* desde aquel instante de ser propietario de ella.

48. Otra cosa sucede con aquellos objetos que en una tempestad se arrojan al mar con el propósito de aligerar la nave: siempre se conserva la propiedad de ellos; porque seguramente no se los arroja porque no se los quiera, sino porque se quiere con la nave escapar más fácilmente de los peligros de las olas. Por esta razon, comete un robo el que con intencion de apropiárselos los arrebatada de la costa á donde la tempestad los ha arrojado, ó del seno del mar. No parece que hay diferencia entre estas cosas y las que en la carrera de un carruaje caen al suelo sin que el dueño de ellas lo eche de ver.

La posesion y la cuasi posesion se hallaban especialmente protegidas por los llamados interdictos (*interdicta*). Hemos explicado en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, núm. 99, p. 151, la naturaleza particular de esta institucion. Sabemos que los interdictos se usaban en los negocios urgentes que podian producir entre las partes recursos de hecho: de este número eran los relativos á la posesion y á la cuasi posesion (1). Los que versaban sobre esta materia se dividian en cuatro clases. 1.º Interdictos para adquirir la posesion que todavía no se habia alcanzado (*adipiscendæ possessionis causa*). 2.º Para conservar la posesion que se tenía y que alguno nos disputaba (*retinendæ possessionis*). 3.º Para hacerse restituir la posesion que nos habia sido arrebatada (*recuperandæ possessionis*); y 4.º, en fin, interdictos dobles, tanto para adquirir, cuanto para recobrar la posesion (2). — Cuando se suprimió el procedimiento por medio de fórmulas, quedaron los interdictos transformados en acciones, que tenían por objeto obtener por sentencia del juez lo que ántes se obtenia por interdicto del pretor. Tal es la legislacion de tiempo de Justiniano. (*Inst.* 4. 14. *princ.*)

La propiedad se hallaba principalmente protegida por las acciones reales (*actiones in rem*), en las cuales no solicita el demandante el cumplimiento de una obligacion que haya ligado personalmente con él á su adversario, sino que sostiene que una cosa, corpórea ó incorpórea, es decir, física ó puramente jurídica, como un derecho de servidumbre, un estado ó un derecho de familia, son suyos (3). Las Instituciones dan á estas acciones el nombre genérico de vindicaciones (*vindicaciones*) (4). — Existian muchas especies de acciones reales, que procedian, ya del derecho civil, ya del derecho pretoriano. Nos harémos particularmente cargo de la vindicacion propiamente dicha (*rei vindicatio*), por la cual un propietario reclama su cosa de manos de cualquier poseedor, á fin de ser declarado propietario de ella y de conseguir su restitucion (5). La palabra vindicacion se toma en este último caso en su acepcion propia, y no en el sentido genérico que á veces se le da.

(1) Teof. Inst. 4. 14.

(2) Gay. 4. 143 y sig.

(3) Inst. 4. 6. § 1.

(4) Ib. § 15.

(5) D. 6. 1. *De rei vindicatione*.