

302201



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"

LA PROPIEDAD ROMANA SU TRASCENDENCIA Y  
DESARROLLO EN EL DERECHO POSITIVO  
MEXICANO

TESIS CON  
FALDA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE;

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A ;

GABINO TREJO GUERRERO

ASESOR: LIC. JOSE MARIA SAINZ GOMEZ S.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# I N D I C E

## LA PROPIEDAD ROMANA SU TRASCENDENCIA Y DESARROLLO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

PGS

INTRODUCCION.

I

### C A P I T U L O I

#### LAS COSAS COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LOS DERECHOS REALES

- |        |                                                                                                  |   |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 1.1.   | Concepto General.                                                                                | 1 |
| 1.2.   | De las cosas que se encuentran dentro del patrimonio y fuera del patrimonio de los particulares. | 3 |
| 1.3.   | Cosas que están fuera del comercio.                                                              | 4 |
| 1.3.1. | Res Divini Iuris (Cosas de Derecho Divino).                                                      | 5 |

1.3.2.	Res Humani Iuris (Cosas de Derecho Humano).	7
1.4.	Cosas que están dentro del comercio.	9
1.5.	Los Derechos Reales y Personales	22
1.5.1.	El Patrimonio.	23
1.5.2.	Los Derechos Reales.	24
1.5.2.1.	Diferencias entre Derechos Reales y Personales.	27
1.5.2.2.	Clases de Derechos Reales.	30

## C A P I T U L O   I I

### LA POSESION ROMANA

2.1.	Concepto de Posesión.	31
2.2.	Elementos de la Posesión.	32
2.3.	Origen de la Posesión.	33
2.4.	Naturaleza jurídica de la posesión en Roma.	35
2.5.	Diferencias con la Propiedad y la Tenencia.	38

2.6.	Clases de posesión.	41
2.7.	Adquisición y pérdida de la Posesión.	44
2.8.	Protección de la Posesión.	51

### C A P I T U L O    I I I

#### LA PROPIEDAD Y SUS LIMITES LEGALES EN ROMA

3.1.	Definición de Propiedad.	60
3.2.	Elementos y caracteres de la propiedad.	63
3.3.	Historia de la propiedad en Roma.	66
3.4.	Diferentes tipos de propiedad.	72
3.5.	Limitaciones al Derecho de Propiedad.	75
3.6.	La copropiedad o condominio.	85

## C A P I T U L O   I V

### DIVERSOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

	PGS
4.1.      La diferencia entre modo y título	90
4.2.      Clasificación de los modos de adquirir la propiedad.	91
4.3.      Modos originarios de adquisición.	93
4.3.1.    La Ocupación.	96
4.3.2.    La Accesión.	99
4.3.3.    Especificación.	109
4.3.4.    Confusio y Commixtio	110
4.3.5.    Adjudicación.	112
4.3.6.    La Ley.	112
4.3.7.    La Usucapión.	113
4.3.8.    La Longi Temporis Praescriptio.	119
4.4.      Modos derivativos de adquisición.	122
4.4.1.    La Mancipatio.	122
4.4.2.    La In Jure Cessio.	125
4.4.3.    La Traditio.	128

## C A P I T U L O V

### DEFENSA DE LA PROPIEDAD

	PGS
5.1. La Reivindicatio.	134
5.2. La Actio Negatoria.	143
5.3. La Actio Prohibitoria.	144
5.4. La Publicana in Rem Actio.	145
5.5. La Rei Vindicatio Utilis.	147
5.6. Otros medios de protección al propietario.	148

## C A P I T U L O VI

### LA PROPIEDAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

6.1. Definición de Propiedad.	152
6.2. Clasificación de los diversos modos de adquisición de la propiedad.	154
6.2.1. El Contrato.	159

	PGS
6.2.2. La Prescripción.	165
6.2.3. La Ley.	165
6.2.4. La Ocupación.	166
6.2.4.1. La Adquisición de Tesoros.	169
6.2.4.2. Captación de Aguas.	171
6.2.4.3. Adquisición de determinados animales o bienes por medio de la caza o de la pesca.	172.
6.2.5. La Accesión.	173
6.2.5.1. Accesión Natural.	176
6.2. La incorporación y mezcla.	181
6.2.6. La Adjudicación.	183
6.3. Extensión del Derecho de Propiedad.	184
6.4. La Acción Reivindicatoria.	191
CONCLUSIONES.	197
BIBLIOGRAFIA.	217



## INTRODUCCION

Desde el surgimiento mismo de la humanidad, se -- planteó la idea de la propiedad: El hombre primitivo vive en la incertidumbre, pues no puede alejarse de sus dominios por - largo tiempo sin correr el riesgo de que sus propiedades (pieles, armas, mujer, etc), sean robadas por otro individuo. Es en esta época en que impera la ley del más fuerte; como consecuencia de lo anterior, tendrá un gran número de cosas en propiedad, aquel que a través de su fortaleza pueda usurpar una - mayor cantidad de objetos a los ausentes, o a los físicamente débiles. Razón por la cual fue necesario en primer lugar, precisar que se entendía por propiedad, asimismo, establecer los lineamientos jurídicos que la regulan y protegen a fin de proporcionar seguridad a toda aquella persona que por medio del - trabajo, ha logrado adquirir algunos satisfactores. Esta idea de la propiedad, alcanza su máximo esplendor en el pueblo romano; al grado de que no son pocos los autores que erróneamente caracterizan a la propiedad romana como la propiedad absoluta sin límites, por eso, en el presente trabajo, intentamos con - base a la investigación y el análisis, desentrañar el verdadero significado que esta figura jurídica tuvo en Roma y su trascendencia en el Derecho Positivo Mexicano. por lo que dividi-

mos esta obra en seis capítulos, siempre con la finalidad de - proporcionar la fácil comprensión de los conceptos en ellos -- vertidos, de tal manera que:

En el primer capítulo denominado: **Las Cosas como Elemento Esencial de los Derechos Reales**; definimos la palabra cosa, estableciendo los elementos que la integran, resolviendo la interrogante ¿sobre si la cosa y bien jurídico pueden ser - considerados como sinónimos? Partiendo de lo anterior abarcamos la clasificación de las cosas, siguiendo la sistematización establecida en las fuentes del Derecho Romano, lo que nos lleva al terreno de los derechos patrimoniales en dos aspectos, - tanto reales como personales; puntualizando en este rubro, -- las diferencias existentes entre ambos, y el lugar que ocupa - la propiedad dentro de los derechos reales.

**La Posesión en Roma**, integra el segundo capítulo; el cual inicia con el **Origen Etimológico** acompañado de su concepto; de cuyo análisis se desprenden sus elementos, pasando posteriormente a uno de los temas que mayor controversia ha -- provocado en el mundo jurídico, nos referimos a la naturaleza jurídica del Instituto Posesorio; resulta a la luz de tres teorías principales. Expuesto lo anterior tratamos las diferencias que esta figura presenta en relación a la propiedad y la tenencia, así como las clases de posesión y la protección que

el derecho le brinda.

En el tercer capítulo, hablamos sobre **La Propiedad y sus Límites Legales**; en este rubro estudiamos concretamente - los elementos y características de la propiedad romana, la evolución histórica de la misma; de orden público o de orden privado, según afectasen el interés de la comunidad o el de los -- particulares concluyendo con la copropiedad, también llamada -- condominio.

Siguiendo el orden establecido por las fuentes de Derecho Romano, encontramos en el cuarto capítulo **Los Diversos Modos de Adquirir la Propiedad**; partimos de la clasificación - bizantina de los modos de adquisición de la propiedad: consistente en:

**Originarios**

**Derivativos**

Los primeros son aquellos en los que se da la adquisición del bien sin que medie relación con su antecesor jurídico y en los segundos por el contrario, la adquisición con base a un acto - de disposición del titular originario. Dentro de los modos -- originarios, encontramos figuras tan importantes como: la - - ocupación, la accesión, la especificación, la confusión, etc. En cambio pertenecen a los derivativos: la *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *traditio*.

Todo ente jurídico, debe encontrarse protegido - por el derecho, y en el caso de la propiedad su defensa constituye un elemento indispensable, por esta razón el capítulo quinto toca dicho tema; en el que la acción negatoria, así - como diversos medios de protección que con el evolucionar del derecho romano se fueron presentando, siendo de gran utilidad para el titular del derecho de propiedad.

**La Propiedad en el Derecho Positivo Mexicano** es el nombre que recibe el capítulo sexto, en el que destaca el concepto de propiedad, los modos de adquisición de la misma, siendo la jurisprudencia el fundamento doctrinal de este análisis comparativo entre el derecho romano y el derecho positivo mexicano, en lo referente a la propiedad. Estas son de carácter propositivo en búsqueda de una mejor regulación de esta institución, cuyo conocimiento es básico en la formación de todo jurista.

# CAPITULO I

## LAS COSAS COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LOS DERECHOS REALES.

### 1.1. CONCEPTO GENERAL.

*Es importante al referirnos al término cosa (res), puntualizar que esta palabra inclusive en el derecho, tiene diversos significados pues es demasiado flexible, que se acomoda de un modo admirable a las necesidades y a los caprichos del lenguaje. En virtud de lo anterior trataremos de desentrañar su verdadero sentido jurídico.*

*Al referirse al tema en cuestión el maestro Luis Rodolfo Argüello, expresa:*

*"En algunas ocasiones cuando se menciona la palabra res, nos referimos a todo lo que forma el haber de los particulares, al paso que otros entienden que para que un objeto sea cosa es el sentido del derecho, es necesario que sea útil, es decir accesible y deseable. (1)*

*En este orden de ideas Ortolán señala:*

*"A la manera que la palabra persona designa en el derecho todo ser considerado como capaz de ser el sujeto activo o pasivo de los derechos, así la palabra cosa (res) designa todo lo que se considera como susceptible de formar el objeto de los derechos.\* Y en esta condición se halla cuanto el hombre, dominador universal ha podido considerar como destinado a sus necesidades o a sus placeres;*

---

1. Luis Rodolfo, Argüello: Manual de Derecho Romano, edit. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires 1987. p.151

\* Recordemos que en el derecho romano se rebajado a ciertos hombres a la categoría de cosas, tales con los esclavos, sometidos y dedicados a satisfacer las necesidades de otros hombres.

porque finalmente, la satisfacción de las necesidades o de los placeres racionales del hombre es el principal de los derechos".<sup>(2)</sup>

Así por ejemplo, la persona que puede disponer de una cosa a su arbitrio, enajenarla y aún destruirla, tiene el derecho más pleno, que es el derecho de propiedad, por lo que el estudio de las cosas consiste en el análisis de estos derechos.

Sin embargo los jurisconsultos romanos no dieron de las cosas una definición tan acabada como nosotros concebimos - y que comprende todo lo que puede ser objeto de un derecho; no sólo los objetos corporales, sino también los hechos, el estado de las personas en sus diversas condiciones y en general todos los derechos. Bajo el nombre de cosas (res) sólo comprendieron al principio los objetos corporales, que pudiendo ser de alguna utilidad al hombre podían ser objeto de un derecho; pero después extendieron este sentido a las abstracciones y a cosas de pura creación jurídica. Por lo que una definición convencional, de cosa aceptada por el derecho romano es:

"Todo elemento corpóreo o incorpóreo, del mundo exterior que -- pueden producir una satisfacción al hombre, pudiendo estar dentro o fuera del comercio". De tal manera que para que algo sea cosa en derecho, debe llenar los requisitos siguientes:

- 1.- "Que se trate de algo susceptible en el espacio. Es decir, para que algo pueda intervenir en una relación jurídica, es necesario que esté delimitado o determinado, pues en caso contrario no podría aplicarse el derecho sobre ninguna cosa.
- 2.- Que sea capaz de satisfacer alguna necesidad o placer.

---

2. N. Ortolán, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, Edit. Leonadio López, Madrid 1879, p. 49

*lícito del hombre. En este segundo requisito, sólo las cosas lícitas intervienen en las relaciones jurídicas, pero nunca las ilícitas, porque entonces - no estaríamos en el terreno del derecho y por consiguiente, no podrían ser objeto de las relaciones jurídicas". (3)*

## **1.2. DE LAS COSAS QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DEL PATRIMONIO, Y FUERA DEL PATRIMONIO DE LOS PARTICULARES.**

*La primera clasificación de cosas que hacen las fuentes del derecho romano (en el Digesto y en las Instituciones de Justiniano), es la que se refiere a cosas dentro del patrimonio (*res intra patrimonium*) y fuera del patrimonio (*extra patrimonium*), en el primer caso se encuentran todos los bienes - que forman parte del patrimonio de una persona; \* forman parte de las segundas todas aquellas cosas que por su propia naturaleza no son susceptibles de ser apropiadas por algún particular por ejemplo las pertenecientes al Estado.*

*Esta clasificación que constituye un primer intento de diferenciar y ordenar los diversos tipos de cosas existentes a fin de excluir todas aquellas que son susceptibles de relaciones jurídicas de las que no lo fuera, presentaba el grave inconveniente de que no alcanzaba a regular las cosas que no respondían a una situación actual, por ejemplo la cosa que se hallara o no comprendida en el patrimonio de una persona, como sería un animal salvaje, el momento de su aprehensión. Por -- tal motivo posteriormente surgió una clasificación parecida a la*

---

(3) José Ignacio Morales; Derecho Romano, Edit. Trillas, 2ª edición México D.f. 1987. p. 197

tenior pero de mayor utilidad jurídica, ésta contempla a las cosas que se encuentran dentro del comercio (*res commercii*) y las que están fuera del comercio (*res extra commercium*).\*\*

### 1.3. COSAS QUE ESTAN FUERA DEL COMERCIO.

Dentro del grupo que forman las cosas que están fuera del comercio (*res extra commercium*), encontramos las dispuestas por el derecho divino ó el derecho creado por los hombres. \*\*\*

---

\* Las cosas (*res*), consideradas como parte de nuestro patrimonio, toman el nombre especial de bienes (*bona, pecunia*).

\*\* El término *commercium* proviene de la partícula acumulativa *cum*, que significa con o unión de, y del sustantivo latino *merx-cis*, que significa mercancía; luego *commercium* quiere decir concurrencia en forma de tráfico de la mercancía o cambio de la mercancía.

Estas dos clasificaciones son sustancialmente equivalentes y sólo se puede notar la diferencia, referida al aspecto o punto de vista desde el cual se consideran las cosas; de este modo:

- a) Si se consideran o no como materia de transacciones quiritarias, serán cosas en el comercio o fuera de él.
- b) Pero si se les estima meramente como forman parte del patrimonio del pater, serán patrimoniales.

\*\*\* Según el jurista Gayo ésta es la principal división de las cosas (*summa rerum divisio*). Para conocer bien su importancia es preciso penetrar en la unión íntima de la religión con el derecho civil de los romanos; del carácter de este derecho primitivo, tanto en sus instituciones públicas, cuanto en sus instituciones privadas.



### 1.3.1. RES DIVINI IURIS (COSAS DE DERECHO DIVINO).

a) Las cosas sagradas (res sacrae), son todas aquellas que consagradas por la ceremonia religiosa se encuentran bajo el cuidado de los dioses superiores, como es el caso de los templos, los terrenos, los utensilios que se utilizaban en las ceremonias religiosas, así como los donativos -- otorgados por los fieles a favor de los dioses. "Para el paganismo, las cosas sagradas son los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los dioses del cielo, por una ley, un senadoconsulto o una constitución.

Para el cristianismo, son las iglesias y los vasos consagrados al culto por los obispos, y conforme a los nuevos ritos. Las cosas sagradas no pierden su carácter sino después de una ceremonia religiosa destinada a hacerlas profanas. -- Eran inalienables. Justiniano \*\*\*\* permitió únicamente vender los vasos sagrados para el rescate de los cautivos y el pago de las deudas de -- las iglesias". (4)

---

\*\*\*\* El Emperador Justiniano nació en Iliria en 482 D.C. Estaba casado con Teodora, ascendió al trono en el año 527 y gobernó hasta el 565. Siendo emperador de Oriente trató de reconquistar la parte Occidental del Imperio, contando con la colaboración de Belisario y Narses, no logró el éxito total porque su propio territorio tuvo que ser defendido de las amenazas de los partos, búlgaros y eslavos. Su obra logró la sistematización del derecho existente en la época denominada a partir del Renacimiento Corpus Iuris Civilis que -- constituye el más grande legado del mundo clásico que, al igual que Roma, tiene vocación de eternidad.

(4) Eugène Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, edit. Cárdenas 9ª edición, México, D.F. 1980, p. 165.

- b) *Las cosas religiosas (res religiosas) destinadas a los dioses inferiores, a los dioses manes: tales son los sepulcros y la tierra donde se halla depositado un cadáver. El jurisconsulto Paulo - hace referencia de que sólo podían existir cosas de carácter religioso fuera de la ciudad, tratando con esta disposición garantizar la salud pública, evitando así los posibles daños que podrían ocasionar la gran cantidad de inhumaciones de cadáveres dentro de la ciudad.*

*Petit establece que era necesario que un terreno reuniera las siguientes características para ser considerado como res religiosas:*

- "I. Que en realidad haya habido inhumación de un ser humano sin importar si se tratase de un esclavo o de un hombre libre, pues la muerte borra toda diferencia.
- II. Que la inhumación haya sido hecha por el propietario del terreno o con su consentimiento." (5)

*Claro está que las res religiosas se encuentran fuera del patrimonio de los particulares y son inalienables. Sin embargo los miembros de una gens tienen el derecho de ser enterrados en el mismo sitio en el que lo fueron sus antepasados y de igual forma sus sucesores heredaban esta misma facultad. Justiniano dispuso que ya no se trataba únicamente de la protección por los dioses manes, sino por imperio de la ley se debía - respeto a los difuntos.*

-----  
(5) *Ibidem*.....p.p. 165-166

- c) Las cosas santas (*res sanctae*) provienen del verbo -- *sancire, sanctum* que significa sancionar ó garantizar. Tales cosas se encuentran protegidas contra los daños que pueden ocasionarles los hombres a través de una sanción pública y penal, considerándose que en un principio estaba bajo la custodia del dios Terminus; desatando las murallas y puertas de la ciudad.

Sobre esta clasificación el Digesto establece las siguientes consideraciones:

" El Sepulcro del enemigo no es religioso, pero lo es el del esclavo. Una cosa de derecho divino que ha caído en poder del enemigo se considera como profanada, su carácter divino desaparece y no renace hasta que se reconquista." (6)

### 1.3.2. RES HUMANI IURIS (COSAS DE DERECHO ROMANO).

- a) Las cosas comunes (*res communes omnium*), es decir aquellas que cualquiera puede usar en base al derecho natural como el aire, el agua corriente, \* el mar y sus costas; pero que nadie puede adquirir a título particular. Estas van a ser reguladas por el Estado a fin de evitar un abuso del derecho por parte de el particular que impediría el goce de estas cosas por parte de los demás ciudadanos.

---

\* Es conveniente señalar que los romanos distinguieron las aguas corrientes (*aqua profluens*) de las aguas quietas ó estancadas (*aqua dormiens*), pues las primeras pertenecían a todo el mundo y las segundas -- únicamente al dueño del predio donde se encontraban.

(6) Dig. 47.12.4.

- b) *Las cosas públicas (res publicae), cuya propiedad corresponde al pueblo, pero puede ser de dos formas:*
- I. *Que su uso es común a todos los individuos del pueblo, como el de los caminos, ríos y puertos.*
  - II. *Que se administran y destinan por la autoridad pública en beneficio del Estado en general, como los campos, las rentas y los esclavos públicos. En este último caso se dice de estas cosas que están en el tesoro, en los bienes y en el patrimonio del pueblo (in pecunia, in bonis, in patrimonio populi). Las cosas públicas son protegidas por el derecho romano a través de una actio iniuriarum y numerosos interdictos.*
- c) *Las cosas de universidad (res universitatis), son las cosas que integran el patrimonio de una comunidad y que estaban afectadas por el uso de sus miembros, como los teatros, los foros, los baños públicos, etc.*
- d) *Las cosas privadas (res privatae, res singulorum), son todas aquellas cosas que integran el patrimonio de los particulares, los cuales tienen la facultad de transferir a otros la propiedad. Se les ha designado de diversas maneras por ejemplo bona, por constituir el bienestar y la riqueza de las personas, o bien pecunia.*
- e) *Las cosas que no son de nadie (res nullius), denominación que en un sentido estricto designa las cosas que no tienen propietario, ya sea porque el hombre no se ha apoderado todavía de ellas, como por ejemplo, los animales salvajes, sus productos, las algas marinas, -*

las islas que nacen en medio del mar, etc., o bien - porque han sido abandonadas por él; o tal vez porque su propiedad ha terminado sin que ningún otro le haya sucedido: tal es el caso en el derecho romano de la herencia que el heredero no ha adquirido todavía.

#### 1.4. COSAS QUE ESTAN DENTRO DEL COMERCIO.

La clasificación de cosas cuya mayor importancia tiene por ser la más conveniente para el establecimiento de relaciones de tipo jurídico-patrimoniales es aquella que se refiere a las cosas que están dentro del comercio (*res in commercio*), su característica esencial es que son susceptibles de apropiación por parte de los particulares, es decir pueden ser objeto de cualquier tipo de contrato.

Dentro de esta clasificación se comprendían la mayoría de los objetos corporales de que podía disponer el hombre para satisfacer sus necesidades y abarcaba los siguientes grupos: *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, cosas corporales e incorpóras, muebles e inmuebles, genéricas y específicas, consumibles y no consumibles, fungibles y no fungibles, divisibles e indivisibles, simples y compuestas, principales y accesorias y fructíferas y no fructíferas.

##### a) *Res Mancipi* y *res nec Mancipi*.

Esta clasificación fue la más socorrida en el derecho romano, hasta un poco antes de la legislación Justiniana. \* tal vez esto se debió a que en sus orígenes-Roma contaba con una economía eminentemente agrícola.

---

\* Dicha clasificación fue suprimida por el Emperador Justiniano en el año 529 D.C.

La distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* la encontramos ya contemplada en la Ley de las XII Tablas. Enan -- *Mancipi* "las cosas cuya propiedad -en cierto modo privilegiada- se transmitía por un modo del derecho civil formal y solemne, la *Mancipatio*, o mediante la *in jure cessio*, que importaba un ficticio proceso de reivindicación realizado formalmente ante el magistrado." (7) Al respecto el profesor Blas Hermosa nos indica "Mancipi es una forma de *Mancipium*, que admitía dos acepciones:

I. Significa transmitir el dominio, el acto de la *Mancipación*. Tomado en este sentido el término *Mancipium* se tiene que *res Mancipi* son las cosas que no se pueden -- transferir sino por medio de la *Mancipación*.

II. Pero también *Mancipium* se utilizaba para designar a la propiedad, de modo que *res Mancipi* serían las cosas de propiedad, las únicas susceptibles de propiedad en la Roma antigua." (8)

De acuerdo a lo anterior podemos afirmar que para transferir el dominio de una cosa *Mancipi* de un ciudadano a otro, era necesario la conformidad de las partes y la tradición y el acto-jurídico sacramental de la *Mancipatio* (la cual se realizaba con la presencia de cinco ciudadanos que fungían como testigos, de una balanza, un pedazo de bronce y la recitación por los interesados de determinadas palabras solemnes establecidas por la ley); en cambio las cosas *nec Mancipi* no son susceptibles de este acto jurídico. El simple acuerdo de las partes y la tradición bastaba para transferir su dominio.

Asimismo, no es permitida la enajenación de las cosas *Mancipi* en todos los casos en que puede hacerse la de las cosas *nec Mancipi*. Así la Ley de las XII Tablas prohíbe que la mujer colocada bajo la tutela de sus agnados pueda enajenar ninguna -- cosa *Mancipi* sin autorización de su tutor; tal cosa no saldrá del dominio de la familia sino consintiendo en ello los agnados;

mientras que se permite a la mujer la enajenación de las cosas *nec mancipi*.

Ulpiano señala cuales son consideradas cosas *mancipi*:

1. Las heredades en el suelo de Italia, fundos de tierra o casas.
2. Las servidumbres rurales (pero no urbanas), entendiéndose en el suelo de Italia solamente.
3. Los esclavos y los cuadrúpedos que se doman por el lomo o por el cuello (quee dorso collove domantur) es decir los animales de carga o tiro." (9)

Petit precisa el porque de la anterior clasificación, - "Para los romanos de los primeros siglos, entregados principalmente a las tareas agrícolas, y cuyas conquistas se limitaban al suelo de Italia, los fundos de esta comarca, las servidumbres rurales que facilitaban su explotación y los instrumentos de trabajo, como los esclavos y los animales de carga y de tiro eran los elementos más importantes de la fortuna privada." (10) Desaparecida más adelante la diferencia entre las cosas situadas en suelo itálico y las situadas en suelo provincial y generalizada la tradición entre cosas medio normal de transmitir la propiedad, la distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* careció de utilidad por lo que fue extinguida.

#### b) Cosas corporales e incorporales.

Las primeras son todas aquellas que pueden ser percibidas por el sentido del tacto como un animal y las segundas son las que no pueden ser apreciadas por nuestros sentidos como el derecho de herencia, de servidumbre, etc.

---

(7) Luis Rodolfo Arguello; Ob. Cit. p. 153.

(8) Blas Hermosa; Derecho Romano tomo II, edit. Talleres Gráficos de la Escuela Técnica Salesiana. 2ª edición, Asunción Paraguay 1977. p. 127

(9) Ulpiano, Dig. 19.1 y ss

(10) Eugene Petit, Ob. Cit. p.169

El criterio aplicado por los romanos para la distinción de las cosas corporales e incorporeales parece muy simple, sin embargo ha dado lugar a diversas controversias. Así tenemos que de acuerdo a la definición expuesta anteriormente, se tendría que se incluyeron en las especies indicadas los derechos, por una parte (incorporeales), y sus objetos, por la otra. Sin embargo los romanos contra toda lógica, incluyeron el derecho de propiedad entre las cosas corporales cuando en realidad debió ser considerado como incorporeal. La explicación de esta anomalía ha sido aplicada en el sentido de que en los pueblos primitivos se confundía fácilmente la propiedad con su objeto. La propiedad significaba para un jefe de familia romano, el hecho de tener una cosa corporal a su entera disposición. El profesor Margadant anota el siguiente problema ocasionado por esta clasificación de cosas, -- "un derecho personal, como el derecho de crédito, puede ser a su vez objeto de un derecho real, ya que puede tener la propiedad de un crédito. Así a causa del aspecto real de mi derecho, éste se puede oponer a terceros, puesto que puede prohibir a una tercera persona que intervenga en mi relación con mi deudor; sin embargo, por el aspecto personal de mi situación jurídica, sólo puedo reclamar el cumplimiento de mi deudor. El fenómeno de los bienes incorpóreos ha hecho surgir, por tanto, el problema del derecho a un derecho." 11

En realidad la única utilidad práctica de esta clasificación radica en el hecho de que únicamente las cosas corpóreas pueden ser objeto de la posesión, mientras que las cosas incorpóreas no podían ser poseídas, razón por la cual los jurisconsultos romanos hablaron de la cuasi-posesión que recaía en estas últimas.

### C) COSAS MUEBLES E INMUEBLES.

Son cosas muebles (res mobiles), los seres animados -- susceptibles de moverse por sí mismos, como las cosas inanimadas que pueden ser trasladadas de un lugar a --



otro por una fuerza exterior sin que por esto se afecte o deteriore. Y son inmuebles (res soli), aquellos que de acuerdo a sus características especiales es imposible trasladarlos a otro sitio diferente al que se encuentran sin que sufran algún daño.

Dentro de las cosas muebles encontramos a los semovientes como los animales y los esclavos, que se pueden trasladar a través de movimientos propios.

Las cosas inmuebles a su vez abarcaban a los fundos o predios, que se dividían en urbanos, si en ellos estaba construido un edificio, y en rústicos, si eran terrenos sin edificación, estuvieran en la ciudad o en el campo. De igual forma los fundos se subdividían en itálicos y provinciales, los primeros eran los situados en Italia o en ciudades a las que se les hubiera concedido el *ius italicum*; los segundos los que estaban enclavados en provincias. Sobre los fundos itálicos su titular tenía el dominio protegido por el derecho civil y eran otorgados únicamente a ciudadanos romanos, en tanto que sobre los fundos provinciales, sólo se tiene una posesión sometida al pago de un tributo. Justiniano se encarga de abolir las diferencias existentes entre los fundos itálicos y provinciales siendo ambos protegidos por el derecho civil.

Es conveniente señalar que las cosas incorpóreas, no siendo más que abstracciones jurídicas, no son ni muebles ni inmuebles y la legislación romana no les atribuye jurídicamente, el uno o el otro de estos caracteres. Sin embargo, podían a veces estar adheridas a un inmueble y formar en cierta forma parte de él tal era el caso de las servidumbres.

El aspecto práctico de esta clasificación estriba en el hecho de que son distintos los lapsos de tiempo exigidos por la ley para convertirse en propietario de una cosa que se posee (*usu capión*), según se tratara de bienes muebles ó inmuebles. ■

---

• Durante la época de la Ley de las XII Tablas, bastaba poseer las cosas muebles en forma continua durante un año para ser propietario de ellas, y dos años respecto a las cosas inmuebles, y en tiempos de Justiniano el lapso de posesión se extendió a tres y a veinte años respectivamente.

d) *Cosas genéricas y específicas.*

Las primeras son aquéllas que no se encuentran individualizadas por lo que tales cosas están determinadas por el derecho únicamente en función de su género; como por ejemplo, un esclavo, un caballo, vino o aceite de tal calidad en general, sin embargo dichas cosas pueden llegar a individualizarse - ya sea contándolas, midiéndolas o pesándolas, así tendríamos el aceite o vino contenidos en un recipiente de una determinada medida.

Las cosas específicas son las que están bien individualizadas en base a sus características particulares, tales son un kilogramo de trigo, un terreno cuya superficie es de 200 millas - etc.

"Esta división es importante para determinar la responsabilidad por pérdida a causa de fuerza mayor, si un objeto vendido se pierde entre la celebración de la compraventa y el momento previsto para la entrega; también tiene interés para el caso de un legado per vindicationem, cuando el testador vendió o perdió - los bienes legados que existían en su patrimonio en el momento de la confección del testamento." <sup>11</sup>

e) *Cosas consumibles y no consumibles.*

Los romanos distinguieron también a las cosas consumibles (*res quae usu consumuntur*), es decir, aquellas que generalmente se destruyen en el primer uso como los comestibles. El dinero fue considerado como un bien consumible, en virtud de que su uso normal lo hace salir del patrimonio de la persona,

---

11. Guillermo Floris Margadant, Ob. Cit., p. 231

de las cosas no consumibles (res quae usu non consumuntur), que son las susceptibles de un uso repetido sin que provoque otra consecuencia que su mayor o menor desgaste, como los muebles de una casa o la casa misma.

Esta división es importante en relación con el usufructo (que no permite bienes consumibles como objeto, lo cual da lugar a la creación de la institución del cuasi-usufructo) y con el comodato que no puede tener por objeto un bien consumible, asimismo nunca un bien consumible puede ser objeto de un arrendamiento.

#### 2) Cosas fungibles y no fungibles.

Esta clasificación de las cosas tuvo en el derecho romano una gran importancia, con repercusión también en el derecho moderno. Originalmente los romanos no usaron, ciertamente los mismos términos - empleados en la actualidad,\* pero no cabe duda que alcanzaron a distinguirlos perfectamente, dando un acabado concepto de las mismas.

Desde el punto de vista etimológico el término fungible se deriva del verbo latino fungor, que quiere decir *fungi* o hacer las veces de. De modo que -- las cosas fungibles son las que según los usos predominantes en el comercio; son susceptibles de ser cambiadas por otras de la misma categoría. Cada objeto de un género determinado es idéntico a otro objeto del mismo género, y, consiguientemente, puede ser cambiado uno por otro. Es decir, no se tomaban en cuenta como individualidades, sino en cantidad, por su peso, número o medida (res quae pondere, numero, mensurae,

---

\* El término fungible fue introducido por el glosador Placentino.

constant). Son cosas no fungibles en cambio, aquellas que se --  
aprecian por sus características especiales, que tienen una indi-  
vidualidad propia y distinta, por lo que no pueden ser sustitui-  
das por otras. El dinero, los granos, el vino, etc., son los --  
ejemplos típicos de cosas fungibles, y las obras de arte en gene-  
ral de las no fungibles. Un hecho del hombre es considerado fun-  
gible a condición de que pueda ser realizado por el deudor mismo  
o por otra persona, pero es no fungible cuando se ha tenido en  
cuenta una aptitud o una cualidad especial en el obligado.

La distinción que examinamos tuvo en el derecho romano  
una gran importancia porque había determinados negocios jurídi-  
cos que debían recaer necesariamente sobre una cosa fungible o -  
no fungible. El mutuo, por ejemplo, o sea el préstamo, no podía  
tener por objeto más que las cosas que se pesan, cuentan o miden,  
es decir cosas que son fungibles por esencia; en cambio la fidu-  
cia, que era un tipo de garantía en el que el deudor transmitía  
la propiedad de la cosa dada en garantía, debía recaer necesaria-  
mente sobre cosa cierta o no fungible.

#### g) Cosas divisibles e indivisibles.

El término divisible es de origen latino y proviene -  
del verbo divido-es-ere-isi-isum, que significa dividir o des-  
componer algo en partes. De tal forma que las cosas son divisi-  
bles cuando, sin merma de su valor o utilidad, pueden fraccio-  
narse en otras. Si se entendiera solamente a la materialidad -  
de la división se tendría que todas las cosas corpóreas son divi-  
sibles porque todas ellas son susceptibles de fraccionamiento.  
Sin embargo, no es así porque para que una cosa pueda considerarse  
se divisible es menester que, al dividirse las partes resultan-  
tes conserven un valor proporcional en relación con el todo y q  
demás, mantengan su sustancia originaria. Una mesa por ejemplo,  
puede partirse o desintegrarse, pero como las partes resultantes de la partición no

mantiene ni el valor proporcional ni la esencia originaria se considera indivisible. Por el contrario, una barra de metal - es siempre divisible porque al partirse cada una de las partes resultantes conserva el valor proporcional y la esencialidad - del metal.

Son cosas indivisibles, en cambio, las que no admiten partición sin sufrir daño o menoscabo, o como dicen las fuentes, sin que la cosa perezca. Un fundo es cosa divisible; un animal, un esclavo y cualquier obra de arte son indivisibles.

Hay cosas jurídicamente divisibles, sin distinguir si la partición física es posible o no, cuando muchas personas pueden poseerla en común, es decir, en porciones ideales o intelectuales que es lo que ocurre cuando los herederos tienen como herencia una cosa en copropiedad, en el que cada uno de los copropietarios (herederos), poseen pro indiviso. Aquí el concepto de la divisibilidad es relativo en el sentido de que la voluntad de las partes pueda transformar o convertir en divisible una cosa indivisible. También hay cosas legalmente indivisibles cuando en ellas no se concibe la idea de una parte, como acontece - en las servidumbres.

#### A) Cosas simples y compuestas.

Esta clasificación la encontramos contemplada por primera vez en la obra del jurista Pomponio, al señalar que "hay tres géneros de cuerpos: uno que está contenido por un sólo espíritu y que en griego se llama unidad, como el hombre, el árbol, la piedra y otras cosas semejantes; otro que consta de componentes, como es de varias cosas unidas entre sí, que se llama conexo, como un edificio, un barco o un armarío;

tercero, que consta de partes distintas, como muchos ~~avap~~ no unidos, sino subordinados a un solo nombre, como pueblo, una legión o un rebaño." (12)

De acuerdo a lo anterior es evidente que los juristas romanos distinguieron las cosas simples (*res singulae*) de las cosas compuestas y estas últimas de las universalidades de cosas. Esta clasificación no está fundada en la constitución química ni en la formación natural o artificial de las cosas, sino en un criterio socio-económico. así tenemos que cosa simple en la conciencia social y en los usos del pueblo se considera como una unidad aunque esta unidad resulte de la conjunción de varios elementos siempre y cuando en la opinión común éstos aparezcan orgánicamente fundidos; los sentidos la perciben como una singularidad, independientemente de los elementos que la integran, como una planta, una estatua, etc. Cosa compuesta por el contrario, es aquella que está formada por la unión física y coherente de cosas simples, sean o no de la misma naturaleza. La distinción tiene una importancia indudable desde el momento en que se toma en cuenta en la teoría de la posesión, de la usucapción, de la accesión, etc. La cosa simple tiene una existencia que depende de su propia condición natural, en tanto que la compuesta no pierde su individualidad aunque se renueven todas sus partes constitutivas, ejemplo una biblioteca.

Las cosas colectivas o universalidad de cosas son llamadas por los romanos *Universitates rerum* o *facti*; no están unidas entre sí materialmente aunque pueden ser consideradas desde el punto de vista jurídico como entidades objetivas. Un rebaño, formado por varias cabezas, es considerado un todo único en cuanto que puede ser vendido en conjunto, sin necesidad de tantos actos jurídicos cuantas sean las cabezas.

---

(12) Dig. 41, 3, 30.

"Como consecuencia de ésto, un ciudadano romano podía reclamar, por medio de una acción reivindicatoria la propiedad de un rebaño robado tiempo atrás, aunque todos los animales respectivos o su mayoría, no fueran ya los mismo del momento del robo". (13)

Esta universalidad de cosas, que aparece en las fuentes con la denominación de *corpore et distantibus*, no debe confundirse con la *universitas iuris*, que se integra con un conjunto de derecho y obligaciones, como la herencia, el peculio, -- etc.

#### i) *Cosas principales y accesorias.*

"Las primeras eran aquéllas cuya existencia y naturaleza están determinadas por sí solas, sirviendo inmediatamente y por ellas mismas a las necesidades del hombre; y las accesorias las que estaban subordinadas o dependían de otra principal, -- como el marco respecto del cuadro, la piedra preciosa en relación al anillo en que está engarzada, etc." (14)

Aquí encontramos un principio dado por el juristaconsulto Ulpiniano en el sentido de que lo accesorio cede a lo principal (*accessio cedit principali*).

En Roma, las cosas accesorias se presentaban de diversas formas, ya sea con unión física o mediante unión jurídica.

(13) Juan Iglesias, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*. 4ª edición, Edit. Ariel, Barcelona, 1962; p. 232

(14) Luis Rodolfo Arguello; *Ob. Cit.* p. 156

*Ejemplos de unión física:*

- a) Las estatuas constituidas en nichos.
- b) Los tanques o albercas de los edificios.
- c) Las plantaciones o siembras en los terrenos agrícolas.

*Ejemplos de unión jurídica:*

- a) Las llaves de un edificio.
- b) Los armazones.
- c) Los mostradores.
- d) El pie de ganado de una finca rústica destinada a la cría.

El ejemplo de las llaves de un edificio (unión jurídica), es típico en materia de cosas accesorias, porque aun cuando no formaban parte integrante de un edificio, servían para su uso o servicio, de manera que hablar de una casa, para hacer entrega de la misma o dar posesión de ella se sobreentendía que se hablaba de las llaves como una cosa accesoria.

Es fácilmente objeto de confusión el término cosa accesoria y parte de una cosa; para evitar ésta los romanos establecieron que parte es un elemento que integra la cosa, que contribuye de modo necesario y no accidental, a su perfectio o consummatio. Parte de una cosa es, pues, aquel elemento sin el cual - la cosa aparece incompleta, desintegrada. Para explicar mejor esta distinción entre parte de una cosa y cosa accesoria, tomemos como ejemplo, una casa. Si le falta una puerta, la casa es incompleta, de modo que la puerta es un elemento indispensable - en la integración de la cosa. En cambio si lo que falta es una llave no puede decirse que la cosa esté incompleta, porque la --



llave es un accesorio, como lo admitieron unánimemente los jurisconsultos romanos. Puntualizando lo accesorio:  
"Es aquello que aumenta el valor económico de una cosa sin que resulte indispensable para su integración." (15)

g) *Cosas fructíferas y no fructíferas.*

Dentro de las cosas fructíferas se comprenden aquellas que, manteniendo su naturaleza y su destino, dan con carácter periódico cierto producto o fruto (*fructus*), que se convierte al separarse lo natural o artificialmente, en cosa autónoma. Son cosas fructíferas las que no tienen esa cualidad.

Son frutos, por consiguiente, los productos naturales, que más o menos periódicamente suministran las cosas sin disminuir su esencia, como la leña de los bosques, la cría de los animales, la lana, la leche y las frutas de los árboles. Se entiende igualmente que pertenecen a la noción de frutos, las rentas en dinero que suministra el empleo de un capital, los alquileres etc., que para diferenciarlos de los anteriores, se les ha llamado frutos civiles. Los frutos pueden hallarse en diferentes estados: pendientes, cuando están adheridos a la cosa productiva; separados, se han sido arrancados por cualquier causa inclusive por su propio peso, por el viento, por granizo, etc.; *percepti*, cuando se les ha cosechado; *percipiendi*, si estaban para cosechar y no se les cosechó por falta de diligencia; existentes o extentes, cuando se hallan todavía en poder del poseedor de la cosa, y consumidos o *consumpti*, si han sido consumidos, transformados o enajenados." (16)

(15) Pedro Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, Edit. Reus, Madrid 1965, p. 134

(16) Luis Rodolfo Arguello; Ob. Cit., p. 157

*En los negocios jurídicos, esta clasificación tenía aplicación práctica en las cosas en que la ley atribuía algunos de esos cuerpos a determinada persona, con preferencia a otra u otras; por ejemplo, cuando establecía que los frutos percibidos y aun los ya separados pertenecían al poseedor de buena fe, mientras que si era poseedor de mala fe, no tenía derecho a los frutos percibidos o consumidos.*

*"En lo que concierne a los gastos o impensas (impensae), que es todo lo que se desembolsa para una cosa determinada o se emplea en ella, se distinguen los gastos para conseguir los frutos de una cosa fructífera, de los gastos para la cosa misma. A su vez, dentro de estos últimos, cabe diferenciar las impensas necesarias, las útiles y las voluptuarias, según estén destinadas a conservar la cosa, a aumentar su utilidad o renta o a embellecerla, haciéndola servir para lujo o placer." (17)*

## 1.5. LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES.

*Los romanos en su constante lucha por simplificar y volver prácticas las diversas instituciones jurídicas, se abocaron a la tarea de construir una categoría especial de derechos, los cuales como es lógico pensar debían de tener como fin principal un bien, tal clasificación es la que se refiere a los derechos patrimoniales, los cuales tienen como sello distintivo que persiguen satisfacer necesidades económicas y que por lo tanto pueden ser valubles en dinero. Estos derechos se encuentran divididos a su vez en dos grandes rubros, que son: Los derechos reales y los derechos obligacionales, de crédito o personales.*

-----  
(17) ARGUELLO, LUIS RODOLFO. Ob. Cit. p.p. 156-157

*En el presente trabajo estudianemos únicamente los derechos reales, sin embargo antes de analizar su concepto y sus diferencias con los derechos personales, es necesario desentrañar el sentido que los romanos le dieron a la palabra patrimonio por ser éste la base de cualquier derecho.*

### **1.5.1. EL PATRIMONIO.**

*Etimológicamente, patrimonio deriva del vocablo latino patrimonium y significa bienes que el hijo tiene heredados de su padre o de su abuelo. Así tenemos que en estricto sentido de la palabra patrimonio se refiere a los bienes de la familia que se obtienen por herencia; y en su acepción más amplia se entiende por patrimonio el conjunto de derechos de que puede ser titular una persona, así como las obligaciones u cargas que lo gravan.*

*En el antiguo derecho romano, el concepto de patrimonio estaba limitado al conjunto de cosas corporales que se transmitían de generación en generación, como propiedad ejercida por el pater familias. Pero este sentido tan restringido no se mantuvo mucho tiempo en vigencia, pues en la época clásica el patrimonio constituyó un ente o universalidad jurídica tutelada por la ley, que se integraba, no sólo ya con las cosas corpóreas sino con todos los bienes, créditos y derechos de que fuera titular una persona, con deducción de las deudas y cargas que la gravaban.*

*Esta concepción de patrimonio es apoyada por diversos jurisconsultos clásicos, en el caso concreto de Paulo señala:*

"Se entiende que son bienes de cualquiera los que quedan después de deducidas las deudas", <sup>(18)</sup> por su parte Javoleno nos aclara -no se pueden llamar bienes las cosas que tienen más molestias que ventajas- <sup>(19)</sup> Estas ideas son retomadas por Ulpiano al --puntualizar que -es dinero ajeno el que debemos a otro, es dinero propio el que otro nos debe--". <sup>(20)</sup>

"Al ser considerado el patrimonio como un ente jurídico se hizo necesario que los romanos aceptaran su transmisión por -acto inter vivos, como ocurría en los supuestos de adrogación, -legitimación y matrimonio *cum manu*, cuando la mujer era *sui juris*.

También cabía dentro de esta idea la posibilidad de un patrimonio sin titular, con capacidad para adquirir derechos y -contraer obligaciones, como era el caso de la herencia *iacens*. -Además estando compuesto el patrimonio exclusivamente por bienes en Roma podía haber personas sin patrimonio, cuando no pudieran cumplir con sus deudas." <sup>(21)</sup>

## 1.5.2. LOS DERECHOS REALES.

Por lo que respecta a los derechos reales, los romanos no dieron científicamente una definición, ni se preocuparon de distinguirlos científicamente de los derechos personales. Apenas y esbozaron la separación entre las acciones *in rem*, como la --*vindicatio* y las acciones *in personam*, como las *condiciones*. -La distinción entre las acciones reales y las acciones personales aparece nítida en el *digesto*, en que se lee:

18 Dig. 50, 16, 39, I.

19 Dig. 50, 16, 83.

20 Dig. 50, 16, 213, I.

(21) ARGUELLO, LUIS RODOLFO. Ob. Cit. p.178

Las clases de acciones son dos: reales, que se llaman vindictio y personales, que se dicen condictio. Es acción real aquella en que reclamamos la cosa nuestra que otro posee; acción personal aquella en que exigimos de otro lo que está obligado a hacernos o a darnos y siempre nos compete contra el mismo. En un texto atribuido a Gayo se establece una manera más precisa - la distinción entre estas dos clases de acciones. Decía el jurisconsulto nombrado: " La acción es personal cuando litigamos contra alguno q<sup>uo</sup> está ligado hacia nosotros en virtud de un -- contrato o un delito, es decir, cuando sostenemos que debe dar, hacer o prestar." (22)

Así pues, el derecho romano distinguió perfectamente que las acciones reales son acordadas contra todos, es - decir, contra cualquiera que desconozca la existencia de un de recho real o pretenda menoscabar su plenitud o su libertad y - que las personales, en cambio, sólo se dan contra el deudor, - el obligado, éste es, una persona determinada que, en virtud - de un contrato o un delito, debe una prestación.

Concluyendo diremos que el derecho real se traduce por una relación directa e inmediata entre una persona y una cosa, de modo que, no se encuentran en esta relación más -- que dos elementos: la persona, que es el sujeto activo del de recho y la cosa, objeto del mismo. Es el concepto que prevalece, a pesar de una tendencia, que ha perdido fuerza, que pre- tende asimilar, en lo fundamental, las dos categorías de derecho patrimoniales de que hablamos.

---

(22) Dig. 50, 1, 24.

Conocido el concepto prevaleciente de derecho real corresponde examinar las diferencias que existen entre él y el derecho personal, subrayando que sólo se indican los rasgos más característicos.

### 1.5.2.1. DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS REALES Y PERSONALES.

En el derecho real encontramos solamente dos elementos: el sujeto activo, titular del derecho y la cosa, que es el objeto de aquél. El derecho personal en cambio, presenta una estructura más compleja toda vez que consta de tres elementos: - un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor y el objeto que es la prestación (consistente en dar, hacer o no hacer y tolerar) que el deudor debe procurar al acreedor.

El derecho real recae generalmente sobre una cosa corporal salvo cuando la ley permite establecerlo sobre bienes o créditos, por ejemplo el usufructo, la prenda y atribuye una esfera de acción más o menos amplia. El derecho personal, por el contrario, recae sobre actos ajenos, de interés patrimonial.

El derecho real puede hacerse valer contra todos, es decir, de él nacen acciones que el titular puede ejercitar - contra cualquiera, o por lo menos contra personas no determinadas de antemano. El derecho personal, en cambio, sólo puede reclamarse del obligado, de la persona que, por virtud de un contrato, un delito u otra fuente legal, debe una prestación determinada.

El disfrute o satisfacción del derecho real no lo extingue por esa circunstancia; otorga un disfrute permanente. En cambio, la obligación se extingue cuando es satisfecha.

*El derecho real tiene por reverso un deber negativo, que se traduce en no entorpecer su libre ejercicio. Tal deber descende de la específica naturaleza del mismo derecho-real, como parte de su contenido. En cambio, el derecho personal tiene por reverso un deber que reviste, por lo general, la forma de acto positivo.*

*La persona que adquiere un derecho real sobre una cosa, nada tiene que temer, aunque se hayan constituido después otros derechos iguales sobre la misma cosa, en beneficio de otras personas, o bien si el propietario de la cosa llegará a hacerse insolvente, pues su derecho queda siempre intacto. En cambio, ocurre de otra manera con el derecho personal, pues el deudor que se haya obligado con su acreedor puede hacerlo también con otros y estos derechos personales, nacidos sucesivamente, tienen todos ellos la misma fuerza. Por eso, si el patrimonio del deudor no basta para pagar a todos los acreedores, el derecho de cada uno es afectado y sufre una reducción proporcional.*

*El dominio de los derechos reales es menos amplio que el de los derechos personales. El derecho real, coloca a una persona en relación directa con una cosa, sólo puede tener por objeto una cosa con existencia actual. El derecho personal por el contrario, no siendo más que una relación entre dos personas, tiene por objeto un hecho, un acto que el deudor debe cumplir en un término más o menos lejano y para esto no es indispensable que la cosa debida al acreedor exista en el preciso momento en que se creó el derecho; es suficiente con que exista cuando el deudor tenga que ejecutar su obligación. En una palabra, el derecho personal puede tener por objeto una cosa futura.*

*El derecho romano ha sostenido con firmeza la separación de los derechos reales y los derechos personales, des-*

de el punto de vista de su creación y transmisión. El contrato es la fuente más fecunda de los derechos personales, mientras que los derechos reales sólo se establecen por modos especiales; el contrato o convenio de las partes no podría constituirlos. Por otra parte, los procedimientos que sirven para transferir los derechos reales son inaplicables a los derechos personales.

En relación a las acciones que los tutelan tenemos que: la acción *in rem*, otorgada al titular del derecho real, no tiene la misma extensión que la acción *in personam* concedida al acreedor no solo pide el reconocimiento de su derecho, sino que también quiere vencer la resistencia del deudor, y si no lo ejecuta voluntariamente, es necesario que el acreedor encuentre en su acción un medio para obligarle. Debido a esta diferencia, la acción *in rem* es dada contra cualquiera -- que obstaculice el ejercicio del derecho real. Pero la acción *in personam* únicamente se da contra el deudor, porque sólo él está obligado a ejecutar el hecho que es objeto del derecho -- personal.

Se distinguen además, en que los derechos reales tienden hacia la perpetuidad, mientras los personales son siempre temporales, aunque pueden tener larga duración. Por el -- simple transcurso del tiempo se puede llegar a adquirir derechos reales, al paso que es factor de extinción de los derechos personales. Otra diferencia estriba en que desde siempre los derechos reales se pueden transferir con más o menos libertad, en tanto que en el derecho antiguo, cuando las obligaciones se consideraban vínculos estrictamente personales, no se las podía negociar ni activa ni pasivamente.



### 1.5.2.2. CLASES DE DERECHOS REALES.

Los romanos no conocieron muchas especies de derechos reales. Apenas legislaron la propiedad, la superficie, la servidumbre y la enfiteusis. Hay sin embargo autores que afirman que no desconocieron la prenda y la hipoteca. Dentro de las categorías mencionadas, aparece la propiedad como el derecho más completo, tanto que se puede afirmar que los demás no son más que desmembramientos del dominio; están subordinados a él, como las servidumbres por ejemplo, que no puede existir sin la propiedad. Es, propiamente la servidumbre a lo que hemos denominado *iura in re aliena*, derechos reales sobre cosas ajenas. Por tal motivo la propiedad, derecho real sobre la cosa propia, será la base de estudio del presente trabajo, en su modalidad de la usucapión.

Es conveniente aclarar que merece un trato especial dentro de los derechos reales la posesión, institución de características muy particulares, pues aunque su naturaleza sea muy discutida, no puede negarse que ha sido considerada, ya como objeto del dominio y de sus derivados, ya como figura autónoma que produce efectos jurídicos y da lugar a defensas específicas, ya como requisito para la existencia de derechos reales. - Por estas razones debemos de estudiar la posesión antes de analizar la usucapión como modo de adquirir la propiedad.

## C A P I T U L O II

### LA POSESION ROMANA

#### 2.1. CONCEPTO. DE POSESION.

*La posesión es una de las figuras jurídicas más difíciles de estudiar. Esto se debe a que la naturaleza jurídica - de la misma se ha prestado a múltiples criterios e interpretaciones desde Roma hasta nuestros días; por lo que es necesario un análisis cuidadoso que nos permita comprender el real significado y alcance del tema.*

*Algunos jurisconsultos romanos señalan que la palabra posesión deriva etimológicamente de "e pendibus" que significa "estar sobre una cosa". Sin embargo, la opinión generalizada concuerda en establecer que el término posesión proviene de la voz latina "possessio", que a su vez deriva de "possidere", palabra compuesta del verbo "sedere" y del prefijo "pos", que significa "poder sentarse o fijarse". De acuerdo a lo anterior la posesión puede ser definida como "el hecho de tener en su poder una cosa -- corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de guardarla y disponer de ella como lo haría un propietario",<sup>(23)</sup> por lo que "designa una íntima relación física entre una persona y una cosa, que dé a aquélla una posibilidad exclusiva de utilizar ésta"<sup>(24)</sup> La definición de posesión lleva consigo la idea de un señorio que alguien ejerce sobre algo; es un señorio o poder de hecho valorado en sí mismo, con independencia de que sea o no conforme al derecho.*

(23) Eugene, Petit; Ob. Cit., p.p. 184-185.

(24) La exclusividad es un rasgo esencial de la posesión, Guillermo, Floris Margadant; Ob. Cit., p.p. 234-235

## 2.2. ELEMENTOS DE LA POSESION.

Como pudimos observar en el inciso anterior la posesión entraña una relación de hecho entre el poseedor y la cosa poseída, sin embargo, dicha relación conlleva consecuencias de carácter eminentemente jurídico, por lo que es necesario la regulación del derecho; pero para que la posesión pueda producir efectos jurídicos se requiere que el sujeto que tiene el poder físico sobre la cosa (*corpus*), agregue un elemento voluntario (*animus*), consistente en la intención de poseer la cosa como si fuera propietario de la misma, en caso de que no lo fuera.

Un elemento material u objetivo -*corpus*- y otro intencional u subjetivo -*animus*- integran el instituto posesión y su conjunción era necesaria para que se le reconociese consecuencias jurídicas y su debida tutela y protección. \* Así, cuando la intención del que tenía en su poder una cosa era poseerla como cosa ajena y no ejercer más que los derechos de propiedad de otro, los romanos declaran *non possidet*, es decir, no tiene la posesión jurídica, o bien, *alieno nomine possidet*, con lo cual querían -- significar: *posee en nombre de otro*. \*\*

- 
- \* Quienes reúnen estos dos elementos poseen en realidad. Tales son:  
El propietario: el que habla adquirido una cosa recibiendo tradición a *non desini* y el mismo ladrón, toda vez que con la retención material de la cosa robada, manifiesta su voluntad de disponer de ella como si fuese el *pro*.
- \*\* No pueden poseer los que no pueden abrigar la intención de actuar como *pro*, con respecto a la cosa, por más que la tengan a su disposición, por que el título en virtud del cual la retienen es un reconocimiento de la propiedad de un tercero; es decir, que son el instrumento de la posesión de otro y por eso no tienen ellos mismos la posesión sino una simple detentación; tales son: el arrendatario, el usufructuario, el depositario, el comodatario y en general, todos los que están en una situación análoga. Sin embargo, hay algunos, principalmente el acreedor prendario y el precarista, con quienes se guardan ciertas consideraciones y se les protege como si fueran poseedores. Pero esta protección, necesaria a -- sus intereses, se justifica por razones especiales.

### 2.3. ORIGEN DE LA POSESION.

*El esclarecimiento del origen de la posesión y de la protección específicamente acordada por las leyes romanas no se presenta fácil. En el intento se tropieza con las mismas dificultades que se encuentran cuando se trata de aclarar cuestiones de carácter histórico. Como toda la materia de la posesión, el punto relativo a su origen es discutido porque las fuentes que pudieran servir de base a una teoría capaz de satisfacer a todos los estudiosos son oscuras y se prestan a interpretaciones diversas y contradictorias. Las hipótesis que se han formulado para resolver el problema planteado son, principalmente las siguientes:*

*Puchta considera que el origen de la posesión está en el procedimiento utilizado por los romanos en la tramitación del juicio reivindicatorio. Cuando el propietario de una cosa era desposeído de ella, promovía la acción reivindicatoria para intentar la recuperación de la cosa. Mientras se sustanciaba el juicio, la cosa debía ser entregada a un tercero hasta el término del litigio. Se originaba así una situación de hecho ambigua, por demás porque no siendo la persona en cuyo poder se encontraba la cosa durante la sustanciación del juicio propietaria podía sufrir toda clase de perturbaciones sin que le fuera dado oponer ninguna defensa eficaz. Era, pues, necesario arbitrar los medios conducentes a amparar la situación de hecho así creada y de este modo, respondiendo a la necesidad o al propósito de evitar las posibles perturbaciones, habría nacido la protección posesoria en la acción reivindicatoria, tiene su fundamento en un texto de Gayo, según el cual los interdictos "uti possidetis" y el "utrobi" fueron introducidos por la vía de la acción reivindicatoria.*

*Las conclusiones de Puchta no resultaron del todo convincentes; ni con el respaldo del texto de Gayo lograron ellas la adhesión de los romanistas, entre quienes Savigny y --*

Niebla discreparon y trataron, a su vez, de explicar el origen de la posesión encontrándolo en el "ager publicus". Este "ager publicus" formado por los territorios anexionados a Roma, era propiedad del Estado y cuando éste cedía las tierras a particulares para explotarlas, sea gratuitamente, sea mediante el pago de una pensión, se originaba un estado de hecho ambiguo. Los particulares no eran propietarios de las tierras cedidas por el Estado y en consecuencia, no podían ejercer la acción reivindicatoria ni ninguna otra en los casos de perturbación. Se trataba, pues, de una situación desprovista de toda tutela jurídica, pero como había que otorgarles algún medio de defensa contra los terceros, se les concedieron los interdictos posesorios. Con el ejercicio de estos interdictos, los "possessores" nombre que se daba a los particulares que explotaban las tierras del Estado, pudieron defenderse eficazmente contra todo acto perturbatorio del estado, de hecho protegiéndolo de modo que pudieran seguir en posesión de las tierras. Los autores citados consideran que así nació la doctrina de la protección posesoria, indicando como argumentos, los términos utilizados -- por los romanos para designar el disfrute de las tierras públicas: "possessio, possessor y possidere".

Tampoco esta doctrina logró aceptación general, criticándosele, especialmente, por el hecho de que no explica la forma en que evolucionó la protección acordada inicialmente solo a los poseedores del "ager publicus" extendiéndose a los "ager privatus". Para explicar esta laguna se mencionan los conflictos ocasionados por causa del carácter de la cesión -transitoria y revocable- por el Estado. Sin embargo, a pesar de ello, los "possessores" alegaban frente al mismo propietario de las tierras diversas circunstancias para defender los derechos adquiridos por la posesión de largo tiempo: Los trabajos de roturación y cultivo, el hecho de tener el se pulcro de sus antepasados en estas tierras, etc. Estos conflictos llegaron a constituirse en fuente de continuas agitaciones y para poner término a ellas se dictó una "lex agraria" probablemente en el siglo III A.C., mediante cuyas disposiciones las antiguas posesiones fueron convertidas en propiedad. -

El romanista Pachioni estima que este momento marca, justamente, el otorgamiento a los poseedores de los medios de defensa reconocidos al mismo propietario quiritalio, lo que podía hacer pensar en la desaparición de los interdictos. Sin embargo, no ocurrió así porque, al transformarse la posesión del "ager publicus" en propiedad, los poseedores de aquél conservaron su derecho a defenderse por medio de los interdictos al propio tiempo que quedan habilitados para ejercer las acciones específicamente establecidas para la defensa de la propiedad. Quiere ello decir que la situación de los antiguos poseedores del "ager publicus" se tornó privilegiada ya que se unieron a los medios de defensa propios del antiguo régimen los del nuevo, vale decir, los propios de la posesión y de la propiedad: interdictos y reivindicación.

#### 2.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION EN ROMA.

La cuestión relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de la posesión en Roma ha provocado controversias que se han concretado en la formulación de tres principales teorías.

Estas teorías, elaboradas para explicar si la posesión es un derecho o un hecho, están fundadas en los textos romanos, acuciados, como sabemos, por la necesidad de resolver, con carácter eminentemente práctico, los problemas que se suscitaban en sus vastas relaciones sociales. Debido a esta preocupación dominante en el quehacer de los jurisconsultos romanos, debieron marginarse la ciencia y el arte de sus especulaciones, y esta circunstancia permite sustentar toda clase de teorías fundadas en interpretaciones subjetivas de los textos.

¿Es la posesión un derecho? Thering contesta afirmativamente a esta pregunta añadiendo, a modo de explicación -

que el derecho no es más que el interés jurídicamente protegido.

Para dilucidar la naturaleza jurídica de la posesión Ihering parte de la noción misma del derecho subjetivo. - Sostiene que "el derecho no es sino el interés jurídicamente protegido, es decir, amparado por la ley o la costumbre. Asimismo señala que en la posesión se dan cabalmente ambos elementos, és to es, el interés y la protección jurídica, por lo que la posesión es un derecho." (25) No puede negarse que en la posesión hay un interés debido a que en la propiedad ésta produce sus efectos en condición de que sea acompañada de la posesión. Se da también la protección jurídica, que se hace efectiva por medio de los interdictos. De igual forma Ihering caracteriza a la posesión de acuerdo a lo anterior como un derecho. Al tratar la ubicación de la posesión entre los derechos patrimoniales, lo caracteriza como un derecho real porque la posesión establece una relación directa e inmediata entre el poseedor y la cosa poseída.

La teoría de Pietro Bonfante es contraria a la anterior por cuanto considera este autor que la posesión es un hecho. Para llegar a esta conclusión el citado autor discurre del modo siguiente:

"La posesión no se considera como un derecho, porque si así fue re sería en todo caso tutelada por sí misma, sin consideración a la causa de la pérdida; y además sería titulada de un modo definitivo, sin reserva de otro juicio sobre la pertinencia real del derecho. por el contrario, la posesión no tiene defensa sino en caso de perturbaciones del estado de hecho o invasiones determinadas y calificadas (vi, clam, precario) y mientras en casos semejantes el poseedor tiene defensa también contra el propietario, por otra parte éste tiene su desquite en el juicio petitorio". (26)

(25) Rudolf, Von Ihering; La Posesión; traducido por Antonio Posada, edit. - Reus, España 1926; p. 132

(26) Pedro, Bonfante; Ob. Cit. p.p. 142-146

Otro autor, Winscheid, estudia el fenómeno posesorio y llega a la misma conclusión a través del siguiente razonamiento:

"La expresión *possessio*" indica un hecho y nada más que un hecho. Es cierto -- que a este hecho se encuentra vinculadas algunas consecuencias jurídicas; pero no por ello se convierte en un derecho. De otro modo, se debería denominar derecho al contrato y al testamento. Más adelante agrega:

"Sólo admitiendo que se pueda atribuir a la expresión indicada un doble sentido, como hecho y como derecho, podría resolverse de otra manera". (27)

Savigny postula una solución diferente, intermedia entre las dos teorías expuestas anteriormente puesto que considera que la posesión es un hecho porque se funda en circunstancias materiales sin las cuales no podría existir, y un derecho al mismo tiempo. Piensa que la posesión es, en sí misma, un hecho.

"Es evidente dice, que en su principio y considerada en sí misma, la posesión no es más que un mero hecho; por otra parte, agrega, es igualmente cierto -- que existen consecuencias legales derivadas de ella. Así, es a su vez un hecho y un derecho; por sí misma es un hecho; pero por sus consecuencias, se asemeja a un derecho, y esta doble naturaleza es infinitamente importante en todo lo que concierne a esta materia". (28)

Concluyendo podemos afirmar que "la antigua polémica sobre si la posesión es un hecho, o un derecho, se resuelve observando que para los romanos nacía como relación de hecho, pero apenas adquiría vida se convertía en relación de derecho, ya que era inmediatamente productora de efectos jurídicos. Importaba, pues, un estado o un hecho jurídico continuativo, presupuesto de la aplicación de normas de derecho.

La posesión atribuye dos importantes poderes a su titular; defender cualquier perturbación por medio de los interdictos y alcanzar la propiedad por usucapión. El derecho de reclamar la tutela interdictal supone la existencia de una verdadera posesión, cualesquiera que sean las demás condiciones de ella. Aún los que poseían injustamente, podían de conformidad -- con el principio general, invocar los interdictos, si eran turbados en su posesión." (29)

(28) Federico De Savigny; *Traité de la possession en droit romain*, traducción de Ch. Faivre D'Audelange; edit. Joubert, Paris, 1842, p.p. 156-159

(29) Luis Rodolfo, Arquello; Ob. Cit. p.185



## 2.5. DIFERENCIAS CON LA PROPIEDAD Y LA TENENCIA.

La propiedad, la posesión y la tenencia son figuras que ofrecen una indudable similitud. Si una persona se encuentra cultivando un campo se ha de presumir que lo hace porque tiene derecho para hacerlo. Pero es difícil precisar a que título cultiva: si lo hace como propietario, poseedor o simple ocupante. Es cierto que se trata de figuras que se distinguen jurídicamente, pero exteriormente se parecen y fácilmente se puede incurrir en confusión.

Generalmente encontramos a la propiedad unida con la posesión. Así tenemos que el propietario de una cosa es, al propio tiempo, poseedor. Quiere decir que en la práctica lo normal es que el propietario sea el poseedor, pero no es raro observar a veces separadas, una frente a otra. La posesión es un complemento del derecho de propiedad, pero se trata evidentemente de instituciones diferentes, que nada tienen que ver una con otra, tal y como expresaba Ulpiano: "**Nihil commune habet proprietas cum possessione**". Como notas distintivas entre ambas podemos señalar: la propiedad es una "**res iuris**" y la posesión es una "**res facti**", en cuanto significaba una relación de hecho sobre la cosa. La propiedad, el mayor señorío que una persona puede tener sobre una cosa, otorga a su titular los más absolutos poderes sobre ella, a la que puede llegar a degradar a su arbitrio, mientras no perjudique a terceros. La posesión sólo otorga al poseedor la facultad de tener la cosa bajo su poder y de usarla y aprovecharla como lo juzgue más conveniente. El ejercicio del derecho sin que importe averiguar si el poseedor tiene o no derecho a poseer a pesar de lo cual la protección específica que la ley acuerda al poseedor se hace efectiva por las vías procesales correspondientes.

"El propietario -dice Camus-, necesita alegar su título de dominio, mientras que el poseedor le basta el ejercicio del derecho para obtener la protección posesoria." (30) El dominio se adquiere por ciertos modos, solemnes o no, expresamente prescritos por la ley, al paso que en la posesión se entra por la simple aprehensión de la cosa. Se pierde la propiedad por designio de su titular o por causa de la cosa misma; la posesión -- por el hecho de un tercero. Por último, se tutela la propiedad por medio de acciones *in rem*, la posesión en cambio, por medios extraprocesales concedidos por el magistrado: los interdictos posesorios.

La distinción de la posesión y la tenencia asume una importancia singular, especialmente a los efectos de la tutela posesoria. La distinción ofrece dificultades a causa de la imprecisión del lenguaje empleado por las fuentes en las que encontramos referencias que favorecen opiniones contradictorias. Hay autores que sostienen la confusión en la terminología no -- existió en el derecho clásico, puesto que los términos "posesor" y "possidere" eran los únicos que se utilizaban para designar técnicamente la relación posesoria. En esta época, "posse" significaba la disponibilidad física actual de una cosa -- corporal reconocida por el derecho. La confusión apareció después en el derecho post-clásico o justinianeo (529-565), por causa de los juristas de la época no emplearon con propiedad los términos de carácter técnico. Esta imprecisión en el empleo de los vocablos técnicos ha dado lugar a controversias y polémicas no resueltas aun satisfactoriamente.

---

(30) F. Camus, Curso de Derecho Romano; 3ª edición, edit. Universidad de la Habana, Cuba 1951, p.p. 76-79

Para poder establecer en una forma clara y precisa, las distinciones existentes entre la posesión y la tenencia, debemos de recurrir a la teoría subjetiva de Savigny considerada como la más completa a pesar de las críticas pronunciadas en contra por Thering, la cual ha tenido una indudable repercusión al extremo de haber sido adaptada por diversas legislaciones del mundo. Para Savigny la posesión jurídica se integra con tres elementos, a saber: el "corpus", el "animus", y el "animus domini".

Savigny estima que el "corpus" y el "animus genérico" no son suficientes para que exista la posesión. Se requiere el "animus domini", que se traduce por la intención de ejercer la propiedad, o "animus rem sibi habendi" que es la intención de tener la cosa para sí. El que tiene el "corpus possessionis", dice el autor citado, puede abrigar esa intención de dos maneras: ya deseando ejercer el derecho de propiedad ajeno, o bien el suyo personal. En el primer caso, carece del "animus" requerido para poseer y es un mero detentador. Por el contrario, si no reconoce en otro el derecho de propiedad y tiene la intención de ejercerlo para sí, tiene el ánimo requerido para poseer y es poseedor. El "animus domini", que es el elemento que transforma decisivamente una relación de mera detentación en posesión, según Savigny, es el mismo que Paulo designaba con el nombre de "animus rem sibi habendi". \*

---

\* Savigny se vio obligado, más tarde, a introducir una variante en su teoría original a fin de comprender en ella los casos del acreedor pignoraticio, del enfiteuta y del precarista. Estos no podían ser considerados poseedores, a tenor de la teoría subjetiva, porque les falta el "animus domini", pero como gozaban también en Roma de la protección específicamente acordada al poseedor por medio de los interdictos, Savigny hubo de responder a las objeciones y críticas formuladas a su teoría -- agregando una innovación con la cual poder salvar la dificultad. Creó, entonces, la figura de la posesión derivada, distinta de la posesión originaria, y para explicar esta innovación discurrió en la forma siguiente: Cuando se constituye un derecho, como en la prenda por ejemplo, quien lo ejerce tiene la posesión jurídica del mismo, aunque no pretenda ser dueño de la cosa y (esto por efecto de la transferencia que se ha operado en su favor) el titular que la tenía plena y entera.

En la teoría Subjetiva de Savigny se simplifica considerablemente la cuestión relativa a la distinción entre poseedor y mero detentador, porque para ello basta averiguar cuál es la voluntad del sujeto: si procede a nombre propio es poseedor, por el contrario, si lo hace a nombre de otro, en quien reconoce la posesión, es simple detentador. Es decir, en la posesión el titular actúa sobre la cosa como si fuera su propietario, teniendo materialmente su disponibilidad (*corpus*) e intelectualmente la voluntad de conservarla y defenderla (*animus*). En la tenencia, (como en el caso del locatario), se dispone de la cosa dentro de los límites convenidos con el propietario y por tal razón aquél no se conduce respecto de ella como si fuera titular del dominio. En suma, el tenedor reconoce que posee en nombre de otro (*alieno nomine possidet*). La tenencia, por otra parte, no gozaba de la protección interdicial, como la posesión.

## 2.6. CLASES DE POSESION.

El derecho romano considero que podían existir dos tipos de posesión, éstas son de buena o mala fe. La posesión de buena fe puede ser considerada como aquella que se iniciaba con justo título (*justa causa possessionis* o *justum titulum*), conforme al derecho y se entendía por justo título aquél que era o se creía ser bastante para transmitir el dominio o la propiedad.

En virtud de lo anterior podemos afirmar que para que la posesión fuera considerada de buena fe se requería que no adoleciera de vicios como la fuerza, la clandestinidad o la precariedad (*nec vi, nec clam, nec precario*).

Etimológicamente, el anterior enunciado puede ser -- desmembrado de la siguiente manera: *nec*, partícula negativa -- que significa no; *vi*, quiere decir fuerza; *clam*, expresa públicamente o en presencia de todos y *precario*.

El primer vicio que es la fuerza o la violencia, se refiere no sólo a la fuerza física (coacción física), sino también a la fuerza moral (coacción moral), la cual tendrá lugar siempre que se cometa una usurpación en los bienes ajenos y dará lugar a un hecho delictuoso que la ley penal llama despojo. Esta posesión viciosa es necesariamente de mala fe.

El segundo vicio que señala el derecho romano, tiene lugar cuando la posesión se inicia no en forma pública, sino clandestina. Así, se llama posesión pública la que se inicia y ejerce a la vista de quien pueda resultar perjudicado con ella; la posesión que se inicia con este vicio es de mala fe y como tal puede producir determinados efectos jurídicos, distintos a los que produce la posesión de buena fe.

El vicio de la precariedad es el más fácil de entender, pues consiste en que quien pretende decirse poseedor no ha tenido justa causa para iniciar la posesión, pues sólo hay de por medio un título precario, como acontece en el contrato de comodato.

"El efecto principal de la posesión justa o de buena fe era la tutela interdictal, pero también la posesión injusta o de mala fe contaba con protección frente a terceros, en atención a que el derecho romano tuteló la posesión en sí misma, haciendo abstracción del derecho a poseer, por aplicación del principio: contra extraños suele aprovechar la posesión viciosa (*adversus extraneos vitiosa possessio potesse solet*). (31)

---

(31) Dig. 14, 2, 33.

Además el poseedor de buena fe "con el transcurso del tiempo puede convertirse en propietario, por usucapión; convirtiéndose de igual forma en dueño de los frutos hasta el momento en que el verdadero dueño le reclame la cosa poseída, tiene derecho a los gastos necesarios y útiles que hubiera hecho para la conservación del objeto y puede retenerlo hasta que le sean pagados.

El poseedor de mala fe jamás se convierte en propietario; además debe de devolver todos los frutos y sólo tiene derecho a recuperar los gastos estrictamente necesarios. (32)

Finalmente dentro de las diferentes clases de posesión tenemos un tipo sui generis denominado quasi possessio o posesión de derechos, debemos de aclarar que en sus orígenes el derecho no mano estipuló que posesión únicamente podían recaer sobre cosas corpóreas (possideat possunt, quae sunt corporalia), sin embargo, con la evolución del mismo y gracias a la determinante influencia de las escuelas clásicas se llegó a establecer que la posesión podía ejercerse también sobre los derechos o cosas incorpóreas con el nombre quasi possessio o possessio iuris.

Siendo en realidad la posesión de una cosa corporal el ejercicio de hecho de la propiedad, se concebía que existiera algo semejante a la posesión en otros derechos reales, como el usufructo, el uso, la habitación y algunas servidumbres prediales, considerados como derechos particulares desmembrados de la propiedad y concedidos a otra persona que, no siendo el propietario, tomaba el ejercicio de la posesión con intención de ejercer un derecho perteneciente a este último. Esta idea de la posesión de los derechos, que se hallaba en la misma relación con los interdictos y la usucapión que la posesión de las cosas corporales (possessio rei), se redujo en un principio a las servidumbres, pero fue extendida en época del Emperador Justiniano a otros derechos reales sobre cosa ajena como el usufructo, la enfiteusis y la superficie.

## 2.7. ADQUISICION Y PERDIDA DE LA POSESION.

"Para adquirir la posesión es necesario reunir los dos elementos que la integran: la detentación material de la cosa y la voluntad de disponer como dueño. La posesión se adquiere por el hecho y por la intención: *corpore et animo*. Además, no es necesario para realizar la primera condición estar en contacto directo con la cosa, o si es un campo, poner el pie sobre todas sus parcelas; basta con tenerla a su disposición." (33) - Por lo que es preciso determinar los conceptos de *corpus* y *animus* de acuerdo con la teoría de Savigny expuesta anteriormente.

Al hablar del *corpus* debemos de señalar que su conceptualización ha ido transformándose paulatinamente como consecuencia directa de la evolución que sufrió el derecho romano al ir perdiendo poco a poco el extremado rigorismo y formalismo que le caracterizó en sus inicios; de la anterior reflexión se desprende de que en los orígenes de Roma debió corresponder, un concepto muy diferente del observado en el derecho clásico, sin embargo - hasta poco antes de las ideas expuestas por Savigny se tenía como una verdad irrefutable que la posesión se adquiere solamente cuando existe un contacto físico con la cosa. Era indispensable la aprehensión material de la cosa, así la con la mano si se trataba de mueble, mientras que tratándose de inmueble era preciso poner los pies en él. En el derecho clásico (abarca del 27 A.C. al 285 C.D.), este criterio tan rigorista cambia por lo menos - en lo que a bienes inmuebles se refiere; así se deduce de un texto de Paulo, según el cual "no es necesario tomar la posesión corporalmente y con la mano, sino que también se toma con la vista y la intención." Concuerdan con este pasaje de las fuentes -- los casos de tradición simbólica, de carácter indudablemente excepcional, pero que revelan un innegable en el proceso de espiritualización del *corpus*. Los textos mencionan expresamente los -

(33) PETIT, EUGENE. Ob. Cit. p. 188

casos que no era necesario realizar actos materiales en la cosa para adquirir la posesión. Por ejemplo, la *traditio longa manu*, caso en que el objeto no es entregado propiamente, sino indicado y puesto a disposición del adquirente; la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*. Todos estos casos, conforme se explicará más adelante, se caracterizaban por la falta de desplazamiento material de la cosa, la tradición no se exteriorizaba y quedaban resumidos en la categoría general de *traditio ficta*.

Con la teoría de Savigny, el *corpus*, cuya importancia no se puede desconocer toda vez que, dada su objetividad, constituye la exteriorización misma de la posesión, no implica necesariamente el contacto directo, la aprehensión material de la cosa. Basta la posibilidad material de disponer de ella. El *corpus* debe tener por efecto poner a quien quiera adquirir la posesión, en condición de poder, con exclusión de cualquier otro, a tratar la cosa como mejor le parezca, es decir, de poder ejercer sobre ella el derecho de propiedad.

Explica Savigny su teoría sobre el *corpus* señalando que éste no implica necesariamente una forma de posesión material ya realizada, sino pronta a realizarse. "Toda ocasión, se basa en la convicción de un poder ilimitado de disponer físicamente de la cosa. Para que esta convicción se produzca, es necesaria la voluntad de tener la cosa como propia: *animus* al mismo tiempo son necesarios los elementos materiales constitutivos de ese poder de disponer del que el poseedor debe tener la convicción: *corpus*. La constitución de que dieron lugar a su adquisición: *corpore et animo*; pero es claro que para esta continuación no es preciso siempre ese poder físico inmediato que es indispensable para la adquisición primera; es suficiente que se le pueda reproducir a voluntad. He ahí por que la posesión, una vez adquirida, no se pierde por el sólo alejamiento, respecto de esta cosa no será suficiente para hacer adquirir en prin-



Resulta así, que la aprehensión material de la cosa no es una condición indispensable y para demostrarlo apunta: - aquél que tiene en la mano una moneda es sin duda poseedor. Es de este caso y de otros similares que se ha deducido la idea - de que el contacto físico debía ser fundamental en toda adquisición de posesión. Pero en el ejemplo citado hay aun otro hecho que no ocurre más que accidentalmente con este contacto físico: es la posibilidad de hacer de la cosa lo que se quiera y de evitar toda acción extraña. Todo el mundo reconocerá que esta doble posibilidad se encuentra en la especie citada. Ella no ocurre, sin embargo, más que accidentalmente con el hecho - del contacto físico; eso resulta de que esta facultad de disponer puede concebirse sin ese contacto material y de que este último no supone necesariamente aquella. En efecto, por una parte, aquel que puede en cada instante apoderarse de una cosa colocada delante de él es tan completamente dueño como si la hubiese realmente asido; por otra parte, aquél que está amarrado toca sin duda sus ataduras y sin embargo, éstas lo poseen mucho más a él que él a ellas.

La teoría de Savigny sustenta sus bases en el texto ya citado por Paulo, amplía el concepto de **corpus** vertido por el derecho romano primitivo. Los principios expuestos se aplican diferentemente según que se trate de muebles e inmuebles. Para adquirir la posesión de inmuebles no se requiere el contacto físico, bastando la condición de presencia, es decir, -- que la persona que pretende adquirir la posesión se encuentre en presencia de la cosa. "La presencia personal es propiamente el hecho que nos da la posesión".

---

(34) DE SAVIGNY, FEDERICO. Ob. Cit., p.p. 162-165.

Para explicar los requisitos necesarios para adquirir la posesión de los muebles creó Savigny la teoría de la -- custodia. No es indispensable el contacto físico, bastando -- que la cosa sea depositada en un lugar del que el adquirente -- tenga custodia. Es más fácil explicar el fundamento de esta -- regla, dice Savigny. de nada se es más dueño que de su propia casa y por eso mismo, tenemos la custodia de cuanto se encuentra allí.

Concluyendo y para facilitar la mejor comprensión -- de la teoría Savigniano, diremos que:

- 1.- El *corpus posesorio* consiste en hechos que demuestran que el adquirente de la posesión puede disponer de la cosa libremente y evitar cualquier intrusión de extraños.
- 2.- Para adquirir la posesión de inmuebles es necesario que el adquirente esté en presencia de la cosa.
- 3.- Para adquirir la posesión de muebles se requiere, -- generalmente, la condición de presencia o, en subsidiario que la cosa se deposite en lugar del que el adquirente tenga la custodia.

Por lo que respecta al otro elemento del instituto -- posesorio, éste es, del *animus*, éste siempre va a traducir la -- intención de ejercer el derecho de propiedad, de tener la cosa como propia.

En lo referente a los modos de adquirir la posesión éstos pueden ser *originarios* y *derivativos*:  
Son *originarios* --ocupación, por caso--, aquéllos cuya eficacia -- no arranca de un acto de disposición de un tercero.

Son derivativos -la tradición, por ejemplo- cuando se requiere el concurso de dos voluntades.

La posesión puede ser adquirida por sí misma o por intermedio de terceros. La adquisición por uno mismo está condicionada a los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto sea capaz de adquirir la posesión; si no lo fuera no podrá tener un patrimonio y siendo la posesión un elemento de aquél, el incapaz no puede -adquirirla.
  
- b) Que la cosa sea susceptible de posesión. Debe tratarse de una cosa corporal: las cosas incorpóreas no son susceptibles de posesión, si bien se admitió más tarde la cuasi-posesión aplicada a las cosas incorpóreas.
  
- c) Finalmente, deben darse los elementos esenciales de la posesión que son el corpus y el animus.

Por lo mismo que se requiere capacidad en el sujeto no podían adquirir la posesión por sí mismos los infantes, los locos, las personas jurídicas, ni la herencia yacente. La posibilidad de la adquisición de la posesión por el pupilo fue materia de discusión en la antigüedad. Según algunos romanistas el pupilo podía adquirir la posesión a condición de contar con la "auctoritas" de su tutor; otros en cambio consideraron que la posesión no es un derecho, sino un mero hecho y en consecuencia, sostuvieron el criterio de que el pupilo no necesitaba la "auctoritas" de su tutor para adquirir la posesión, que podía adquirirla por sí mismo, independientemente de aquella formalidad. Justiniano puso término a la controversia atribuyendo capacidad al pupilo para adquirir la posesión sin neces

dad de la "auctoritas" del tutor, no así el infante que sólo - podía hacerlo con la auctoritas tutorias.

Si la posesión se adquiere por la concurrencia de sus elementos esenciales, es lógico que la falta de uno de ellos determine la pérdida de la posesión. Paulo dice al respecto:

"Así como ninguna posesión se puede adquirir sin que existan los dos elementos -el corpus y el animus-, tampoco se puede perder -sino faltan estos dos elementos".

Parecería, a tenor del texto transcrito, que la posesión se puede perder solamente cuando faltan sus dos elementos. Pero en la vida práctica de los propios romanos se admitió que - no era necesaria la falta de los dos elementos para perderse la posesión siendo suficiente para ello la falta de uno cualquiera de dichos elementos.

Se pierde, pues la posesión "solo corpore", "solo animus" y también "corpore et animo", es decir, cuando falta el "corpus" solo, cuando falta el "Animus" solo y lo mismo en caso de falta de ambos a la vez.

La pérdida de la posesión "solo corpore" se produce por causa de algún acontecimiento que haga imposible ejercer sobre la cosa el poder de disponibilidad que caracteriza a la relación. La imposibilidad de ejercer dicho poder puede sobrevenir por causas inherentes al objeto mismo como también por la - intervención de un tercero.

Se pierde el corpus por causas inherentes al objeto mismo en los siguientes casos:

- a) Cuando la cosa perece, ya por destrucción o por quedar fuera del comercio, ya por muerte, si se trata de cosas animadas.

- b) Cuando tratándose de animales domesticados, éstos -- pierden el animus revertendi, es decir el hábito de volver, o cuando los animales salvajes capturados recuperan la "naturalis libertas".
- c) Cuando la cosa se extingue jurídicamente por efecto de una especificación. \*
- d) Cuando el poseedor entienda o esconde la cosa olvidando luego el lugar en que lo hizo.
- e) Cuando la cosa sale de la custodia del poseedor de -- tal modo que resulta imposible ejercer sobre ella su poder físico.

La jurisprudencia romana contempló algunos casos particulares en los que la pérdida del "corpus", por ser ella de carácter temporal no trae aparejada la pérdida absoluta de la posesión. Así encontramos que, la inundación pasajera de un inmueble, el abandono voluntario temporal de una finca de recreo, etc. En estos supuestos, el sólo "animus" bastaba para la conservación de la posesión, porque la pérdida del contacto material con la cosa, tratándose de inmuebles, debía tener un carácter permanente, definitivo y no meramente accidental o temporal.

Se pierde la posesión "solo corpore" por intervención de un tercero cuando este tercero se apodera de la cosa, sea vis lenta o clandestinamente. Si se trata de un mueble se requería la desposesión en forma que la cosa salga propiamente del poder

-----

\* La especificación era un modo originario de adquirir la propiedad, la cual consistía en la transformación de una materia prima en una especie nueva (species nova), que adquiría su propia individualidad, como si se hiciera vino de la uva o una estatua del mármol.

del poseedor. Cuando se trata de inmuebles cesa el "corpus" si el poseedor, en conocimiento de que el fundo ha sido ocupado -- por otro, no intenta nada por recuperar la posesión o han resultado infructuosos sus esfuerzos.

La pérdida "solo animus" tiene lugar cuando el poseedor manifiesta su voluntad de no poseer más la cosa para sí. Esta manifestación de voluntad debe ser hecha por persona capaz para producir sus efectos; de lo contrario -si es hecha por ejemplo por un infante o por un loco- la posesión no se pierde solo el "animus". Si la declaración de voluntad es hecha válidamente produce el efecto de hacer cesar la posesión aunque la persona - que manifiesta su intención de no poseer más se encuentre aún en la disposición física de la cosa.

Se extingue también la posesión cuando se produce la pérdida del "corpus" y del "animus" como cuando el poseedor muere, lo mismo que cuando transfiere la posesión a otro. La cuestión relativa a saber si la posesión se pierde cuando se transfiere a un incapaz aparece resuelta en las fuentes en forma contradictoria. En efecto, Celso consideraba que desde el momento que media una manifestación válida de voluntad, la posesión se pierde aunque sea transferida a un incapaz. La opinión contraria fue mantenida por Ulpiano quien manifestó que la posesión no se pierde en la hipótesis mencionada porque el incapaz no la adquiere. Papiano acogió la opinión de Ulpiano de modo que cabría pensar que si la posesión es transferida a un incapaz no la pierde el poseedor.

## 2.8. PROTECCION DE LA POSESION.

Al hablar de la protección de la posesión y sobre todo cuando ésta es de mala fe, entramos en uno de los caminos más --

pantanosos del derecho, pues es bien conocido el sinnúmero de teorías a favor y en contra de dicha protección. Sin embargo - para fines del presente estudio podemos afirmar que la idea que prevalece en el mundo jurídico es la que señala "que la tutela de la posesión se vincula al principio del respeto al orden constituido, dentro del cual el individuo no puede modificar una situación jurídica o de hecho; se necesita la intervención de la autoridad jurisdiccional, que ordene que se desista de la posesión.

De ello se establece que cualquier especie de posesión goza de la protección del derecho. Hasta la posesión del usurpador, del que encuentra la cosa ajena extraviada, del descubridor de un tesoro o de quien adquiere la posesión clandestina o violentamente, salvo, en este último caso, si es sorprendido en flagrancia e inmediatamente privado de la posesión. Pero estas consecuencias extremas pierden su repugnancia, si se consideran las motivaciones de conveniencia que aconsejan *-utilitatis causa-* sacrificar al titular del derecho en beneficio del no titular hasta que se declare en juicio a quien corresponde el ejercicio de la posesión. Razones de oportunidad, circunstancias de orden ético-jurídico y de utilidad social, explican, por tanto, la necesidad de proteger la *possessio* como una exigencia fundamental, porque, como acertadamente señalaba Savigny, la tutela de la posesión es la tutela de la paz social. (35)

---

[35] ARGUELLO, LUIS RODOLFO. Ob. Cit. p.p 180-189

El derecho romano creó y organizó un procedimiento especial para la adecuada protección de la posesión a través de los interdictos. \* Los cuales son definidos como "órdenes provisionales que el pretor daba ante la petición del interesado sobre la base del requisito de que fueran verdaderas las circunstancias aducidas, salvo la posterior demostración de éstas en un juicio normal que se ventilaba, no sólo ante el magistrado, sino también ante el juez." <sup>136)</sup> Magadant nos dice:

"Los interdictos son órdenes giradas a un ciudadano por el magistrado -generalmente, el pretor-, a petición de otro ciudadano, -sin que el magistrado investigue la veracidad de las afirmaciones del solicitante y sin que se cite a la parte contra quien se dirige el interdicto". <sup>137)</sup> De lo anterior se desprende que el interdicto es una orden concebida en términos solemnes que emite el magistrado (el pretor) a fin de que una determinada situación sea mantenida en su estado actual, este concepto del interdicto manifiesta claramente sus diferencias con la acción. Puesto que la acción es organizada por el Magistrado en ejercicio de su jurisdicción, es

- 
- \* Desde el punto de vista etimológico, la palabra interdicto es un término técnico que se deriva de las siguientes radicales: La preposición latina *inter* (que significa entre, entre tanto o mientras tanto) y un derivado del verbo *dicere* *dicis dicere* (que quiere decir declarar algo en derecho), como lo confirma el vocablo *jurisdicción*, que significa *dicere jus*, o sea declarar o decir el derecho. De modo que *interdicto*, en sentido etimológico, quiere decir una declaración transitoria o provisional sobre determinada materia.

En el derecho canónico se empleaba también el término *interdictum* con la significación especial de pena o castigo eclesiástico, o beneficio de los sacramentos en contra de alguna persona o de una población; pero fuera de esa significación especial, la palabra *interdicto* siempre ha pertenecido al lenguaje de los tribunales.

En derecho romano, el término *interdicto* no sólo se empleaba en materia de posesión, aunque en ese sentido se considera comúnmente, sino que también había interdictos numerosos que nada tenían que ver con la materia posesoria; por ejemplo, cuando el pretor dictaba alguna disposición de carácter urgente, relativa a cuestiones de vecindad, de predio a predio, para evitar que un edificio ruinoso o las ramas crecidas de un árbol causarían algún daño al predio vecino, etc.; también había interdictos que se referían a la libertad individual. Precisamente de esto algunos tratadistas mexicanos han querido encontrar el origen del juicio de amparo.

MORALES, JOSE IGNACIO. Ob. Cit. p. 218-219



decir, en su calidad de interprete del derecho a fin de reglamentar y canalizar debidamente el procedimiento. En cambio, el interdicto nace de la facultad que tiene el Magistrado, en virtud del imperium, del poder de coacción de que está investido y que hace valer en todas aquellas situaciones que él juzga merecedoras de amparo, pero no cuenta en la ley con una tutela eficaz por la inexistencia de una acción específica. Si se plantea una de estas situaciones y el Pretor considera que el derecho en juego merece protección, él interviene y esta intervención se verifica mediante la interposición de un poder de coacción a través de uno de los medios más simples a su alcance, es decir, el interdicto.

El procedimiento establecido para la tramitación de los interdictos revela su carácter antiguo, pudiendo decirse que corresponde a las primeras etapas del derecho romano. De él se valió el Magistrado de los primeros tiempos para corregir las imperfecciones del antiguo derecho civil.

Ahora bien, los jurisconsultos clásicos agruparon los interdictos posesorios en:

Interdictos que tienden a retener, a recuperar o a obtener la posesión (interdicta retinendae, recuperandae, adipiscendae possessionis). Solamente los dos primeros contienen medios de tutela de la posesión. En el derecho justinianeo estos interdictos, -- aunque conservando su nombre, se transformaron en acciones protectoras de la posesión.

---

(36) Luis Rodolfo Arguello, Ob. Cit., p. 189

(37) Guillermo Floris Margadant, Ob. Cit., p. 240

1.- *Interdicta retinendae possessionis.*

Este interdicto procede cuando un poseedor está amenazado de desposesión ilegal o cuando otra persona perturba su posesión, sin privarle de ella (por ejemplo, cuando atraviesa frecuentemente sus dominios). En este grupo encontramos dos subgrupos:

- a) El *interdictum uti possidetis*, que estabiliza la situación posesoria de inmuebles, tomando por base tal situación en el momento de la solicitud. Es posible que esta situación posesoria sea injusta; en tal caso, como el interdicto decide una cuestión de posesión y no de propiedad, el propietario desposeído puede ejercer la *reivindicatio* o la *publiciana*. Para esta futura acción, el interdicto posesorio decide entonces quién tendrá el papel de actor y quién el de demandado. El que triunfe en el procedimiento interdictal será, en la eventual acción subsecuente, el demandado.

Este interdicto es sólo eficaz cuando la solicitud no este afectada de algún vicio.

- b) Para proteger la posesión de bienes muebles contra posibles perturbaciones, procede el *interdictum uti aucti*. Mediante este interdicto, el pretor concede la posesión a la persona que haya poseído el objeto en cuestión, durante más tiempo, en el *transcurso* de los últimos doce meses y luego prohíbe, a ambas partes, que traten de modificar esta situación posesoria por violencia. La parte que no obtenga la posesión de acuerdo con el principio anterior, puede tratar de obtenerla después, ejercitando la *reivindicatio* o la *publiciana*.

Este interdicto constituye, un arma de dos filos: el resultado puede ser que el pretor quite la posesión al solicitante para entregar el objeto a la persona contra quien se pidió el interdicto. -- Todo depende de saber quién ha poseído por más -- tiempo, durante los últimos doce meses.

### 77.- *Interdicta recuperandae possessionis.*

Pertenecen al grupo de interdictos recuperatorios de la posesión el *interdictum unde vi*, el de *precario* y el de *clandestina possessione*.

El interdicto *unde vi* se daba al poseedor que hubiese sido violentamente despojado de la posesión. Teniendo en cuenta el fin principal a que respondió la creación de este interdicto, fácil resulta comprender que su origen se remonta a los tiempos de la monarquía, muy propicios, a las imperfecciones de la organización social, a la consumación de actos de violencia. Por tal razón el pretor debió preocuparse especialmente por instituir los medios adecuados para la represión de tales actos y evitar que la violencia se utilizara para restablecimiento del orden alterado.

El interdicto *unde vi* comprendía dos formas según cuál fuere el tipo de violencia que hubiese empleado el agresor. En las fuentes romanas hay referencias, a dos clases de violencia. Una, que podríamos llamar ordinaria, consistía en la realización de actos apoyados por la fuerza, y otra cometida por un grupo de individuos armados, por una tropa armada. Esta clasificación de la violencia tenía importancia desde el momento que dependía de ella la procedencia de uno y otro interdicto.

En el caso de que el despojo se produjera por medio de la violencia que llamamos ordinaria debía interponer el damnificado el *interdicto de vi cotidianae*. El éxito de la defensa estaba condicionado a que el poseedor poseyera sin vicios, es decir, "*nec vi, nec clam, nec precario*", con relación a su adversario. Se requería además, que el interdicto se interpusiera dentro de un plazo determinado, un año a partir del despojo.

El *interdicto de "vi armata"* correspondía en los casos que la desposesión tuviese lugar por medio de la violencia armada. Para el éxito de este interdicto no se tenía en cuenta si la posesión del reclamante era injusta. Triunfaba aún en el caso de que la posesión estuviera contaminada de los vicios que ya conocemos, vale decir, "*vi, clam aut precario*". No estableció el derecho romano un plazo fijo para su interposición, de modo que era *perpetuo*.

En la legislación de Justiniano las diferencias que mencionamos entre ambos *interdictus* desaparecieron, quedando subsistente un solo interdicto, cuyas características se asemejan a las de "*vi cotidianae*" desde el momento en que debía hacerse valer dentro del plazo de un año, si bien tomó del de "*vi armata*" un carácter muy importante: el de la exclusión "*exceptio vitiosae possessionis*".

*Interdicto de precario.* Debemos establecer que el precario, en la posesión, es el acuerdo en virtud del cual una persona, que tiene la posesión de una cosa, la entrega a otra, con cargo de que ésta se la devuelva en el momento de ser requerida. \*

---

\* El precario nació, sobre todo, de las relaciones entre patrones y clientes y de hecho, daba gran poder a los primeros. Un sólo acto de los segundos que no conviniera a los patrones, y el precario quedaba revocado.

El objeto de este contrato podía consistir en bienes corporales; pero también en derechos reales, como las servidumbres.

Cuando la posesión era adquirida a título precario no era injusta, por ese sólo hecho, porque el precario era hábil, legalmente admitido para obtener el disfrute de una cosa. La -concesión en precario no daba nacimiento a ninguna acción desde el momento que la convección en cuya virtud se formalizaba no -se hallaba sancionada por el antiguo derecho romano. Así, si -el concesionario se negaba a cumplir la obligación de devolver la cosa al concedente, éste no disponía de ninguna acción medi-ante la cual poder compeler a aquél al cumplimiento de lo prome-tido.

En virtud de la situación planteada en los casos men-cionados podía dar lugar a las tentativas de hacerse justicia -por propia mano, el pretor hubo de intervenir para acordar al -concedente la posibilidad de obtener lo que, en justicia, le co-respondía. Creó en consecuencia, el interdicto de precario que podía hacer valer el que ha concedido una cosa a título precario. Este interdicto desapareció en la época del Bajo Imperio, por -innecesario, en razón de que la convección o pacto de precario fue incluido en la categoría general de contratos innominados y en consecuencia, protegida por acciones.

Interdicto de "clandestina possessione". No se sabe -con certeza si existió o no este interdicto en el derecho romano pues la información hallada en las fuentes no es esclarecedora.

-----

El rasgo esencial del precario era el poder absoluto, por parte del pro-pietario, de reclamar el objeto al precario accipiens, aun en el momen-to más inoportuno. Ni siquiera la fijación de un término, concedido por el precario dans, limitaba esta facultad.

Para dar eficacia a sus reclamaciones, el precario dans no sólo disponía-de la actio praescriptis verbis, sino también del interdictum de precario. Recuérdese aquí también que el precario accipiens gozaba, frente a terceros, de la protección posesoria, ya que el hecho de poseer la co-sa en cuestión era una de las formas de la excepcional possessio sine -animo.

Sin embargo, por las referencias contenidas en el único texto -- que se conoce sobre el particular; se puede admitir su existencia en la época republicana y que servía para reclamar las tierras ocupadas clandestinamente.

En el derecho imperial se modificaron los caracteres generales de los interdictos y más tarde el derecho canónico creó el "Spolium", que es el despojo violento e ilícito de la posesión y el "actio spoli" ofreció como característica principal, la posibilidad de ser intentada tanto por el poseedor jurídico como por el detentador.

### 199.- *Interdicta adipiscendae possessionis.*

Existió en Roma un tercer grupo de interdictos possessorios, los interdicta adipiscendae possessionis, que no eran medios de protección de la posesión, como los ya considerados, sino medidas procesales destinadas a hacer adquirir la posesión de cosas aún no poseídas.

Entre estos se encuentran el interdictum quorum bonorum, otorgado al heredero pretoriano o bonorum possessor; el interdictum quod legatorum, concedido al heredero civil y al pretoriano para obtener la entrega de las cosas de que el legatario se hubiera apoderado sin el consentimiento de ellos, el interdictum Salvianum, dado al arrendador de un fundo a quien no se le hubiere pagado el arriendo a su vencimiento para hacerse poner en posesión de los objetos que el colono o arrendatario hubiera introducido en la finca, y el interdictum possessonium, creado a favor del bonorum emptor con el fin de que pudiera entrar en posesión del patrimonio que se le hubiere adjudicado a consecuencia del concurso de un deudor insolvente (bonorum venditio).

## C A P I T U L O   I I I

### LA PROPIEDAD Y SUS LIMITES LEGALES EN ROMA

#### 3.1. DEFINICION DE PROPIEDAD.

*El derecho de propiedad es, entre los derechos reales, el más amplio, el más completo, tanto que resulta prácticamente imposible encerrar dentro de un cuadro las diversas facultades que corresponden al propietario. Es el derecho real por excelencia al cual están subordinados todos los demás. Ningún otro derecho real puede existir, por lo menos en su origen, sin la propiedad.*

*Al respecto el maestro Guillermo Floris Margadant nos explica:*

*"La propiedad es el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que éste pueda proporcionar. Este derecho puede estar limitado por el interés público y por otros derechos privados -- que desmiembran la propiedad (hipotecas, servidumbre, etc.)"<sup>(38)</sup>*  
*Por su parte Luis Rodolfo Angiello nos aclara que "no encontramos en las fuentes romanas una definición de la propiedad, vocablo --*

---

(38) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, Ob. Cit., p.p. 244-245

que proviene del término latino *propietas* \* que a su vez deriva de *proprius*, que significa lo que pertenece a una persona o es propio, partiendo de esta idea, podemos decir que la propiedad es el derecho subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plena y exclusivamente de una cosa.

Sin embargo, la propiedad no agota su contenido en los poderes de goce y disposición de la cosa, pues el mismo derecho le confiere otros que no designa con esos términos, pero que pertenecen a su naturaleza, tal la pretensión del propietario de no ser privado de su derecho sino por causa de utilidad pública, legalmente declarada y mediante justa indemnización. (39)

---

\* *Mancipium*, *dominium* y *propietas*, son las tres denominaciones sucesivas que ha recibido el derecho de propiedad entre los romanos y la filología puede mostrarnos en solo estas tres palabras el sello de cada una de las grandes épocas por las cuales ha pasado la civilización y legislación romana. *Mancipium* es la expresión más antigua. Corresponde a los primitivos tiempos los tiempos más resaca del derecho romano, a la época en que la guerra, el botín y la lanza (*hasta*, *manu capere*), eran el medio de adquirir por excelencia. *Dominium* sigue después e indica la constitución social de la familia.

En cada casa (*domus*) se hallaba concentrada la propiedad que aunque -- considerada como correspondiente en común a la familia, se encontraba únicamente en cabeza del jefe de ella; nadie sino éste podía ser propietario, pues en su persona se absorbían todas las individualidades. *Propietas* es la última expresión, que pertenece a un lenguaje más reciente, del tiempo de Neracio. Esta es la época filosófica, la época de la invasión del derecho de gentes en el derecho civil y en que se constituyó la personalidad de los hijos de familia: cada cual, no sólo el jefe, sino también los hijos, puede ser propietario, pues el derecho de propiedad es individual: se designa con una palabra que expresa sus efectos, *propietas*, porque apropia la cosa a cada individuo y la hace enteramente propia. M. Ortolán, Ob. Cit. p.p. 102-103



Asimismo Pietro Bonfante define a la propiedad diciendo que: "es el señoría más general sobre la cosa, ya sea en acción; ya sea por lo menos en potencia" y explica que: "decimos el señoría más general, sin mayor determinación del contenido del dominio, porque las facultades del propietario no se pueden determinar positivamente; en otros términos, no se puede enunciar en la definición lo que el propietario tiene derecho a hacer; el propietario puede, en efecto, ejercitar sobre la cosa todas las facultades posibles, pero como los usos posibles de las cosas son indefinidos y en el movimiento económico-social infinitamente variables, de aquí que no se pueda determinar en un momento dado. - Sólo negativamente el derecho circunscribe el contenido de la propiedad imponiendo restricciones generales al señoría sobre la cosa o sea, ordenando limitaciones legales. Añadamos, en fin, en acto o en potencia, porque, aparte los límites legales de la propiedad, que son inherentes a su estructura positiva, también el goce, que normalmente garantiza ella y hasta las facultades más esenciales (como el derecho a disponer de la sustancia de la cosa, el derecho de enajenar, de reivindicar), pueden en una medida más o menos amplia y aun en toda su extensión, ser sustraídos al propietario por vínculos o derechos concurrentes (prohibiciones de enajenar o de reivindicar, servidumbres prediales, usufructo, enfiteusis, etc.), pero incluso en las más anormales configuraciones la propiedad conserva virtualmente su integridad en cuanto a la cesión del vínculo o del derecho concurrente, hace que vuelva a adquirir naturalmente, *ipso iure*, las facultades que de ordinario son inherentes a ella. Esta virtud del dominio es llamada elasticidad del dominio". (40)

Reafirmando diremos que la propiedad tiene un carácter que residen en la plenitud del señoría que confiere al titular, así -

(39) Luis Rodolfo Arguello; Ob. Cit. p.p. 193-194

(40) Pietro Bonfante, Ob. Cit. p.p. 223-225

como su indeterminación en cuanto poderes concretos y en su amplitud en cuanto a su potestas genérica, de manera que todo - dentro de los límites de lícito- debe considerarse permitido - al propietario. Así, se ha podido afirmar que la propiedad romana es algo más y algo diferente de la suma del goce y la disposición.

De igual forma tenemos que la propiedad puede carecer de disposición y de goce, sin que por esta razón pueda considerarse - la inexistencia de la misma. El propietario quedaba privado del goce por la concesión de un usufructo o tal facultad se podría encontrar debilitada por la presencia de servidumbres. Lo mismo solía acontecer con el poder de disposición, el que podía ser negado al propietario en algunos supuestos excepcionales contemplados -- por la ley. Asimismo, sería lógico considerar que el derecho del propietario desaparecerá por carecer del poder de goce y hasta del de disposición, por que si la propiedad puede sobrevivir a esta carencia de elementos, eso en consecuencia quiere decir que la misma es algo muy diferente al poder de goce y de disposición. Lo cual resulta cierto pues la propiedad es el máximo poder jurídico patrimonial, considerado desde el punto de vista cualitativo.

### 3.2. ELEMENTOS Y CARACTERES DE LA PROPIEDAD.

Como establecimos con anterioridad las fuentes romanas - no nos proporcionaron una definición de la propiedad inclusive los propios textos romanos no utilizan designaciones uniformes al tratar el derecho de propiedad, así encontramos los términos **dominium** **mancipium** y **propietas**. Sin embargo, los glosadores señalaron que el derecho de propiedad estaba integrado por cuatro elementos; el **ius utendi**, **fructu**, **abutendi** y **vindicandi**.

*El jus utendi o usus, se deriva del verbo latino utar-  
or-usu-sum-utu, que quiere decir usar, por lo que era el dere-  
cho que tenía el propietario de servirse de la cosa y obtener tu  
das las ventajas que pudiera ella reportarle, sin incluir los --  
frutos.*

*El jus fruendi, término derivado del verbo latino fru-  
er-eris-fructus-sum-uti, que quiere decir disfrutar, o sea, era  
la facultad de gozar del bien obteniendo los frutos civiles o na  
turales que él pudiera producir. \**

*El jus abutendi o abusus, se deriva de la partícula la  
ina ab, que quiere decir fuera de y del verbo utar-eris-usus-sum-  
uti, por lo que etimológicamente abusus quiere decir: el empleo  
que se hace de una cosa fuera de lo ordinario. O dicho de otro mo-  
do: el uso extraordinario, anormal o anómalo de la cosa materia  
del dominio; esto es el poder de consumir la cosa y por extensión  
disponer de ella en forma definitiva y absoluta. \*\**

---

\* Cuando el jus fruendi recaía sobre la cosa de otro o cosa ajena, enton-  
ces el titular de ese derecho se llamaba usufructuario o dueño del domi-  
nio útil y el dueño de la cosa dada en usufructo se llamaba nudo propie-  
tario o dueño del dominio directo, en cuyo caso este último tenía única-  
mente la nuda proprietatis o propiedad desnuda.

\*\* En sentido jurídico, el abusus es el derecho de disponer de una cosa --  
que nos pertenece a título de dueños. Nunca ha significado el derecho  
de abusar de ella, pues abusus es un término técnico jurídico que no pue-  
de tener la significación vulgar que tiene en español (abuso o abusar)  
y consiste en todo acto de disposición dentro de los negocios jurídicos,  
como puede ser el enajenar, el donar (que en Roma puede ser por acto en-  
tre vivos o mortis causa), permutar, etc., y fuera de la órbita de los  
negocios jurídicos quiere decir abandonar o hasta destruir la cosa pro-  
pia, siempre que con la destrucción no se lesionen derechos a terceros.

*El jus vindicandi, que era el derecho a reclamar el objeto de terceros poseedores o de detentadores y que es una consecuencia directa de la circunstancia de que la propiedad es el derecho real por excelencia y por tanto, se puede oponer a terceros.*

*Para determinar los caracteres de la propiedad es necesario que partamos de la idea, de que esta institución jurídica - es considerada como el derecho real por excelencia, de tal manera que "la propiedad es el señorío eminente sobre la cosa". Por lo que se caracteriza por ser absoluto, exclusivo, perpetuo e irrevocable.*

*Es un derecho absoluto, porque como todo derecho real - faculta a su titular a disponer y gozar la cosa de su propiedad - de la forma como mejor le parezca, siempre y cuando fuera dentro de los límites que marca la ley. Sin embargo en un principio en el derecho romano el ejercicio que se tenía sobre la propiedad - era ilimitado, así por ejemplo, se reconoció el derecho que tenía el propietario de un fundo para utilizarlo aunque dicho uso afectara a terceros, siempre y cuando hubiera ejercido su derecho sin el propósito de causarles daño. A pesar de lo anterior ni en tiempos de la república la propiedad privada dejó de tener restricciones, tal y como veremos más adelante.*

*Asimismo el derecho de propiedad puede ser catalogado de exclusivo e individual en el sentido de que el propietario puede - impedir, a cualquier tercero, concurrir en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad y en la titularidad de ellos salvo cuando una misma cosa pertenece, a la vez, a varias personas que - ejercen prodiviso el derecho de propiedad. En cuyo caso nos encontramos ante la presencia de la copropiedad o condominio. \**

---

\* Por ejemplo cuando un fundo ha sido legado a dos personas; éstas serán - dueñas de él con el mismo título, pues ambas tienen iguales derechos sobre cada molécula del fundo todo entero y entonces se dicen que están en estado de indivisión o de comunidad, es decir, que son copropietarios. La -- propiedad de cada uno esta limitada por el derecho del contrario, de suer

Así cada copropietario tiene sobre la cosa un derecho individual que recae sobre una cuota parte ideal del bien en condominio.

Se caracteriza igualmente la propiedad por ser un derecho perpetuo o irrevocable, que subsiste con independencia del -- ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter ab soluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el propietario que tiene sobre la cosa el más amplio señorío esté obligado a desprenderse de la misma en un tiempo determinado. Así, en Roma no estuvo admitido construir un derecho de propiedad ad tempus, es decir, convenir que vencido cierto término la cosa adquirida retornara ipso jure (de pleno derecho) al enajenante.

### 3.3. HISTORIA DE LA PROPIEDAD EN ROMA.

La historia de la propiedad está llena de lagunas que los investigadores tratan de suplir con hipótesis más o menos verosímiles. Conocemos el sentido que tuvo la institución en la antigua so ciedad romana, pero cuando se trata de esclarecer si la propiedad individual fue admitida en todo tiempo surgen las discrepancias. - Apuntan algunos autores que la teoría más aceptada en este rubro - es la que establece que la propiedad individual constituye la últi ma etapa de un largo proceso durante el cual el concepto primitivo evolucionó lentamente, discurrendo a compás de las transformaciones que sufrieron las condiciones de la vida económica de los pueblos. De acuerdo con las líneas generales de la evolución, el pin

-----

te que un copropietario no puede en principio disponer de la cosa común contra la voluntad de los otros. La solución lógica de este conflicto es el reparto del fundo de modo que cada uno de los propietarios tenga una mitad sobre la cual ejerza él sólo su dominio como propietario exclusivo.

PETIT, EUGENE. Ob. Cit. p. 175

*cipio de la propiedad individual no sería una creación propia de la civilización antigua, si bien es necesario distinguir entre la propiedad mobiliaria y la propiedad de la tierra.*

*Hay muchas razones para creer que la propiedad de los muebles es perfectamente compatible con las más antiguas y rudimentarias formas de vida del hombre. Alegan quienes así piensan que ya en las primeras etapas de la historia de la humanidad, el hombre, que vivía de la pesca y la caza, poseía los elementos indispensables para procurarse el sustento. Resulta fácil inferir así que ciertas cosas, como las armas, utensilios rudimentarios, las pieles de los animales que usaban como vestidos serían, ya entonces, susceptibles de propiedad. La primera etapa del proceso de evolución hacia el reconocimiento de la propiedad privada estaría así representada por la admisión de tal derecho sobre ciertas cosas muebles indispensables para la subsistencia del hombre primitivo.*

*Para alcanzar la conquista del mismo derecho sobre la tierra habría de transcurrir un largo tiempo, fácilmente comprensible si se tiene en cuenta que para la concreción de la idea de su apropiación aparecería recién con los primeros asentamientos de las tribus en territorios que consideraban exclusivamente suyos para la caza. Pero aun así el concepto sobre la tierra entonces a la propiedad alcanzó a perfilarse de un modo más o menos definido cuando los pueblos primitivos cambiaron su régimen de vida y sustituyeron la pesca y la caza por el cultivo de la tierra. En este momento aparece y se concreta un derecho del agricultor sobre la parcela cerrada y limitada con la finalidad de evitar las intrusiones, a evitar que otros la hicieran objeto de ocupación. En sus orígenes, pues, el derecho de propiedad sobre la tierra reposaba sobre la noción del trabajo, base fundamental que ha cambiado profundamente en el devenir de los siglos.*

*Las primeras manifestaciones del derecho de propiedad inmobiliaria tuvieron lugar, así, con la agricultura, pero este momento tan trascendente para la humanidad no marca, ciertamente,*

la consagración del principio de la propiedad individual, pues, para llegar a ella hubo de pasarse por dos etapas; la primera, se conoció la propiedad colectiva de la familia. En algunos pueblos de la antigüedad estas dos formas de propiedad colectiva aparecieron simultáneamente, pero no está plenamente probado que así hubiera sucedido en todos los pueblos. En lo que hace a Roma, es indudable que las dos formas señaladas aparecieron en orden cronológico.

Concluyendo, la primera forma de propiedad individual la ejerció el hombre sobre los muebles y que respecto a la tierra sólo se conoció la colectiva, antiguamente. En Roma, la propiedad privada apareció ya tarde, cuando la diversificación del poder indiviso del paterfamilias determinó el reconocimiento de capacidad patrimonial a los miembros de la comunidad gentilicia.

El "*dominium ex jure Quiritium*", nombre dado en Roma a la propiedad primitiva regulada por el derecho civil, apareció con -- las características propias del derecho de la época, basado en la distinción entre *res mancipi* (cosas romanas) y *res nec mancipi* (cosas no romanas), así como entre *fundos itálicos* y *fundos provinciales*. Este es el tipo de propiedad que pertenecía solamente al ciudadano romano y sus modos de transmisión estaban fuertemente influidos por el carácter formalista y solemne del derecho de la época. En virtud del principio de accesión, reconocido en Roma, todo cuanto se incorporaba al fundo pertenecía al propietario. Otro carácter de la propiedad romana como ya se vio era el de la perpetuidad y el del dominio absoluto.

Con el correr del tiempo, sin embargo, los caracteres más resaltantes de la primitiva propiedad romana fueron atenuándose. Así, por ejemplo, cedió la virtud absorbente de la propiedad al admitirse, la posibilidad de que un tercero tuviese derechos -- sobre cosas que se hallaran en la superficie o encima de ella o -- en el subsuelo. Las normas dictadas para regular la adquisición

de los tesoros establecieron que si el hallazgo se verificaba en fundo ajeno, casualmente el descubridor tenía derecho a una porción de los tesoros hallados. Cedió, igualmente el principio de la inmunidad de los fundos itálicos. Ya en tiempos de Dioclesia no la *res Mancipi*, típica del período clásico, estaba obligada a pagar impuestos, desapareciendo así el antiguo privilegio. La misma suerte corrió el carácter absoluto, con lo cual tuvo un espléndido desarrollo el derecho de las servidumbres, los *ius in re aliena* (derechos reales sobre cosas ajenas). Desde este momento el propietario está obligado a permitir que terceros ejercieran algún derecho sobre su fundo. Lo mismo ocurrió con la perpetuidad, que empezó a ceder ya a mediados del siglo II D.C., cuando se admitió que la propiedad podía transmitirse con un límite en el tiempo.

La terminología empleada para designar a la propiedad varió en el curso de la evolución del concepto. En los primeros tiempos se empleaba la palabra "*mancipi*" y más tarde ya a fines de la república aparecieron los términos "*dominium*" y "*propietas*". El primero no fue utilizado para designar solamente a la propiedad sino que era comprensivo también de otras situaciones. La palabra "*propietas*", en cambio, se usó en oposición a "*usufructus*" y es la que prevaleció, finalmente, por obra de los juristas post-clásicos, para la designación técnica del supremo derecho de que tratamos.

Después de analizadas las diversas acepciones de la propiedad, examinaremos los requisitos del antiguo "*dominium ex jure Quiritium*". Ya hemos dicho que este tipo de propiedad sólo puede ser disfrutada por los ciudadanos romanos y que su transmisión sólo podía verificarse válidamente mediante los modos civiles. -- Las "*res Mancipi*", las únicas susceptibles de propiedad antiguamente debían transferirse necesariamente por las formalidades de la "*mancipatio*" y de la "*in jure cessio*". De estos modos civiles hablaremos en el capítulo posterior. Anticipemos ya, sin embargo, --



que la "mancipatio" se realizaba en presencia de testigos, del "libripens" y su validez estaba condicionada al cumplimiento de formas sacramentales; la "in jure cessio" se verificaba ante el magistrado y se revestía de las formalidades de un proceso ficticio de reivindicación.

El incumplimiento de las formalidades determinaba la nulidad de la transferencia; el adquirente o "accipiens" no adquiría la propiedad de las "res mancipi" y el vendedor podía reivindicarla. Llegó, sin embargo, un momento en que las transformaciones de la vida económica exigieron la institución de un régimen más ágil, más adecuado para satisfacer las necesidades imperantes de un notable incremento de las transacciones comerciales. Al perder así la sociedad romana su organización primitiva, la propiedad quirritaria perdió eficacia y se creó una nueva forma, de base más amplia y más equitativa. No podía ser de otro modo porque las exigencias requeridas para la transmisión de la propiedad constituían una verdadera demora, y además, porque era notoriamente injusto que el adquirente de buena fe de una cosa estuviera expuesto a la reivindicación por el sólo hecho de haberse cumplido rigurosamente aquellas formalidades. Así habría nacido la "propiedad bonitaria", cuyo origen probable debe encontrarse en aquellos casos en que se adquiría la cosa por la simple tradición o entrega de la cosa, sin el empleo de modos civiles conocidos: la "mancipatio y la in jure cessio".

Pero debe remarcarse que la protección jurídica del adquirente de buena fe por la simple "traditio" fue acondada y perfeccionada gradualmente. Fue el pretor el que, en conocimiento de las situaciones injustas que se creaban a favor del régimen imperante, instituyó los medios de defensa que podía hacer valer el adquirente de buena fe frente a la reivindicación del vendedor. En primer lugar, creó la "exceptio doli" mediante la cual podía defenderse y repeler la reivindicación probando que se había ope-

rado, solamente; la transmisión del dominio aunque fuera por simple "traditio".

Pero esta primera defensa era imperfecta, a todas luces, ya que resultaba ineficaz en el caso de que, después de la tradición, el antiguo propietario enajenase la cosa a un tercero mediante los modos civiles. En este supuesto, el comprador por la "mancipatio" o la "in jure cessio" podía reivindicar impunemente la cosa del poder del adquirente de buena fe. Y para evitar esta -- irregularidad, el pretor creó la "exceptio rei vindictae et traditae". Con la interposición de esta defensa, el adquirente lograba tornar ineficaz la reivindicación del propietario civil, manteniendo la cosa en su patrimonio y adquirirla, finalmente la propiedad por la "usucapio".

Los medios creados por el pretor no eran suficientes para la protección de los adquirentes en todas las situaciones que -- podían originarse como consecuencia de la transmisión de la propiedad de la *res Mancipi* por la simple traditio. Resultaba insuficiente para los casos de desposesión. Si una persona se hallaba en posesión de una cosa y era despojada de ella antes del transcurso del tiempo necesario para la usucapio, no había ningún medio de -- defensa y para suplir esta deficiencia se creó, finalmente, la -- "Publicana in rem actio", con esta actio la defensa de la propiedad bonitaria o pretoriana alcanzó su mayor perfección siendo ya equiparable, desde este punto de vista, a la propiedad quiritaria. Ambos tipos de propiedad coexistieron pero como la bonitaria era mucho más simple y para su transmisión no se requería de formalidades acabó por desplazar completamente a la quiritaria.

En la época de Justiniano no había ya razón suficiente -- para mantener los diferentes tipos de dominio por cuanto ya había desaparecido las distinciones entre "*res Mancipi*" y "*res nec Mancipi*", así como entre *fundus Italicus* y *fundus provinciales*. Además habían caído ya en desuso los modos civiles: "mancipatio" e "in -- jure cessio" y la "traditio" se había convertido en el modo por ex

celencia de transmitir la propiedad. Estas consideraciones explican que en la legislación de Justiniano no se encuentre ya - la división entre propiedad *quiritaria* y propiedad *bonitaria*; hay una sola, modelada a tono con los cambios que experimentó - el derecho romano por la influencia del derecho oriental.

"Siempre encontramos en Justiniano la tendencia a simplificar y unificar instituciones semejantes. Esto constituye - generalmente un mérito, aunque es precisamente en el invierno, - cuando toda la naturaleza se viste de un solo color, como observa Ihering. En el presente caso, nadie negará que la unificación supuso un progreso, aunque por otra parte, debemos de reconocer que la coexistencia de estas dos formas de propiedad contribuyó - a aguzar el genio jurídico romano, por las interesantes complicaciones que se presentaban en este dualismo." (41)

### 3.4. DIFERENTES TIPOS DE PROPIEDAD.

Como señalamos anteriormente, en Roma existieron dos - tipos de propiedad: la propiedad *quiritaria* y la *bonitaria*.

Para que se produjera el *dominium ex jure quiritium* - se necesitaba llenar los requisitos siguientes:

- a) Que el dueño fuese un ciudadano romano.
- b) Que la cosa fuera romana o *res mancipi*.
- c) Un modo de adquisición civil, como la *mancipatio* - y la *in jure cessio*.

Lo primero significaba que el propietario gozara del - *jus commercii*, o sea uno de los atributos de la ciudadanía, por-

el que los no ciudadanos, los peregrinos o extranjeros no podían ser propietarios. Cuando más tarde, en la decadencia romana, se concedió a los extranjeros la facultad de ser propietarios, se hizo con muchas restricciones, como la de negarles acción real - persecutoria ante los tribunales y tenerlos alejados de la práctica romana de adquirir.

En cuanto a las cosas *nec mancipi*, tratándose de las tierras provinciales, adquirieron poco a poco el carácter de *nec mancipi* por resoluciones imperiales.

Por último, en cuanto a los modos de adquirir la propiedad, llegó a admitirse que la simple entrega de la cosa (*traditio*) transmitía derechos sobre las cosas cuando eran *nec mancipi*.

Al hablar sobre la propiedad bonitaria es necesario recordar lo señalado con anterioridad, en el sentido de que la enajenación de una *nec mancipi* sin las formalidades de la *mancipación* era el caso típico, pero no el único, de la propiedad bonitaria, en que el pretor reconocía como propietaria a una persona que no lo era conforme el estricto derecho civil (propiedad bonitaria o *in bonis*). Otros casos de este tipo de propiedad eran -- los siguientes:

- a) El *bonorum possessor* o heredero pretorio.
- b) El del *bonorum emptor*.
- c) El comprador de una persona que se encuentra en quiebra.
- d) El del heredero pretorio, tan interesante como el de la *mancipación* en forma solemne.

---

(41) FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. *Ob. Cit.*, p. 252

En el primer caso, si la muerte del paterfamilias, en vez de presentarse a reclamar la herencia algún agnado, acudía al gún pariente por cognación (o sea una persona no llamada a heredar por el ius civile), el pretor le concedía la mera posesión o tenencia de los bienes hereditarios, razón por la cual se llamaba bonorum possessor, que quiere decir poseedor de los bienes. El pretor lo mantenía después en esa posesión mientras los parientes agnados no justificaran plenamente su parentesco civil (esto es la asignación), de modo tal que podía darse el caso de que el heredero cognado excluyera de una manera definitiva a los agnados, lo cual constituía otro de los medios que daban nacimiento a la propiedad in bonis.

El bonorum emptor (o comprador del patrimonio de un fallido), era un caso igualmente típico, porque la buena fe con que adquiría el comprador y se hacía responsable del pasivo ante los acreedores, le daba méritos para que el pretor lo amparara en su calidad de propietario in bonis, de ahí que prácticamente fuera dicho comprador un verdadero propietario por el ius civile.

La diferencia fundamental entre el dominium ex jure -- quiritium y la propiedad in bonis consistía en que el primero siempre daba lugar a la acción real reivindicatoria. Este término se deriva de las raíces latinas res-ei, que significa la cosa y del verbo latino vindicare, que quiere decir reclamar, de manera que es la reclamación de una cosa que nos pertenece a título de dominio.

La reivindicación trae consigo como efecto jurídico la restitutio, término que se deriva de la partícula re que quiere decir repetición y del verbo sto-as-are, que significa estar de pie o firme. Por ello, la palabra restitutio quiere decir volver a colocar las cosas en el estado que tenían.

### 3.5. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD.

"El derecho de propiedad romano revistió un carácter absoluto y la idea de su limitación resultaba francamente incompatible con la concepción prevaleciente en los primeros tiempos. Sin embargo, la propiedad podía ser limitada por las exigencias sociales. No en otro sentido pueden interpretarse los términos "quatenus juris ratio patitur". Pero aun admitiendo la existencia de limitaciones, éstas debieron ser mínimas, al principio.

Con el correr del tiempo y en la medida que el pueblo romano fue progresando y adquiriendo la dimensión de un Estado poderoso se aumentaron sensiblemente las restricciones al derecho de propiedad." (42)

Las limitaciones al derecho de propiedad pueden catalogarse bajo el rubro de *pati* (tolerar), destacando las siguientes:

#### A. Limitaciones de Derecho Público.

- 1.- En interés de la religión y de la salud pública se prohíbe quemar y dar sepultura a los cadáveres dentro de la ciudad, así como fuera de ella, hasta una distancia de 60 pies de los edificios.
- 2.- La prohibición de retirar las vigas intercaladas en el edificio ajeno hasta que se terminaran las obras impedimento que se extendió a todos los materiales de construcción.
- 3.- "El propietario no puede demoler un edificio para especular con los materiales *-negotiandi causa-*. Lo que se persigue es *ne ruins urbs deflorentur*. Asimismo está prohibido disponer por legado de los materiales incorporados a un edificio". (43)

- 4.- "Paso obligado por una finca privada cuando la vía pública contigua se ha hecho intran-sitable, o para dar acceso a un río público, o para hacer posible el uso público de sus orillas. Así también deben de reparar la vía pública contigua." (44)
- 5.- "Los propietarios de los fundos ribereños - están obligados a permitir el usus publicus riparum, para los fines de la navegación." (45)
- 6.- "En la época clásica las minas existentes - en un fundo pertenecen al propietario del mismo. Posteriormente el derecho clásico - establece que el propietario está obligado a consentir las excavaciones de extraños, - pagando a éste una décima parte del produc-tu obtenido y otra décima parte al fisco." (46)
- 7.- Prohibición de demoler sin permiso oficial los edificios urbanos y, sobre todo en Con-stantinopla y en la época del principado, el deber de mantener y construir en determina-da forma urbanística.

(42) Blas Hernosa, Ob. Cit., p.p. 138-139

(43) Juan Iglesias, Ob. Cit., p. 260

(44) Alvaro D'ors, Elementos de Derecho Privado Romano, edit Paepsons, 1960 p.p. 139-140.

(45) Dig. I, 8, 5.

8.- "Por exigencias morales la propiedad se verá limitada en favor de los esclavos, los propietarios -- que entregaban sus esclavos a las fieras sin previo permiso del magistrado, los que abandonaban a los esclavos viejos y enfermos, los que maltrataban sin motivos justificados, cómo podía ser el castigo de un crimen por ellos cometido. Tales propietarios podían ser expropiados por el imperio del magistrado que procedía a la venta forzosa de los mismos consiéndolo la indemnización en el precio. Estas limitaciones aparecieron como limitaciones morales al derecho del propietario, pero acabaron por convertirse en verdaderas limitaciones jurídicas." (47)

9.- Expropiación por causa de utilidad pública, la cuestión relativa a la posibilidad de la expropiación de la propiedad por causa de utilidad pública no ha podido dilucidarse de un modo satisfactorio porque las fuentes no contienen indicaciones precisas sobre el particular. La insuficiencia de las informaciones obtenidas por los romanistas ha dado pie a opiniones francamente contradictorias. Hay autores que sostienen enfáticamente que los romanos conocieron y aceptaron todo tiempo la posibilidad de la expropiación; otros, en cambio, se colocan en el extremo opuesto, negando categóricamente que la figura jurídica que examinaremos hubiera sido conocida por este pueblo.

---

(47) D'ORS, ALVARO. Ob. Cit. p. 140



Es indudable que la sociedad romana debió afrontar los conflictos que necesariamente se suscitan entre el interés público y el interés privado. Y si el pueblo romano se distinguió, - como sabemos, por un espíritu singularmente lúcido para la resolución de las cuestiones que podían interesar eventualmente a su propia organización, es forzoso convenir que debió instituir un procedimiento especial que le permitiera solventar aquellos conflictos en favor d interés público. Se sabe que se registraron en Roma diversos casos de expropiación por causa apuntada -ensanchamiento del foro, reparaciones de vías públicas, etc.- de modo que no cabe duda que se admitió, en la práctica, el principio de la expropiación. \*

- \* Sobre la expropiación, Frontino nos informa de la expropiación fundada en un senadoconsulto de aquaeductibus -II A. de C.-, pero no atañe a -- los fundos, sino a cosas muebles, a materiales diversos -tierra, arenas, piedras, leña, etc.- necesarios para la restauración de acueductos pertenecientes a los propietarios vecinos. Por lo general, se trata de materiales de relativo valor y, en todo caso, debe procederse sine injuria privatorum. El problema no se plantea con relación al inmueble en sí.

El mismo Frontino nos dice que si el propietario de un fundo no se muestra favorable a ceder la parte del terreno que es necesaria para la construcción de un acueducto público, se compra el fundo entero, para después vender las partes que no afectan a la obra, en términos de quedar a buen recaudo -admirabili equitate- tanto el derecho del Estado, cuanto el del particular. Según Livio, la obstinación de un propietario en no vender hace imposible la construcción de acueducto proyectado. En más de una ocasión, Octavio Augusto se muestra contrario a proceder contra la propiedad privada y así resulta del edicto de aquaeductu Venerano, dado entre el año 736 y el 743 de Roma y de la renuncia del Emperador a expropiar los terrenos necesarios para la construcción de su -- nuevo foro.

Alguien afirma que no es posible pensar en la posibilidad de la construcción de calles y conducciones de agua en Roma sin la existencia de la expropiación forzosa. Pero deben observarse dos cosas: que buena parte del territorio de la ciudad pertenecía al Estado o a las corporaciones religiosas y que, por lo que toca a los particulares, no debió ser escaso ese factor que se llama "el espíritu ciudadano".

No existe en Roma una ley por causa de utilidad pública que indique la expropiación de un magistrado en tal sentido. Si Augusto no recurre a la expropiación para construir su nuevo foro, no cabe duda que pudo hacerlo, aun faltando, como faltaba, una ley sobre el caso. Pudo hacerlo en virtud de su imperium, donde el derecho de expropiación está comprendido. Sólo que Augusto entiende que el Estado no debe entrometerse en la esfera privada más que cuando se trate de algo verdaderamente imprescindible. La legislación augustea, referida al orden privado, únicamente se ocupa de lo necesario. Muéstrase así conforme con una tradición secular y muy romana.

## B. Limitaciones de Derecho Privado.

- 1.- Cuando las ramas de un árbol se extendían sobre el fundo del vecino, el propietario de éste, perjudicado por la sombra que aquéllas ramas proyectaban, podía con fundamento en la ley de las XII Tablas, exigir del dueño del árbol que lo aclarara podándolo lo hasta una altura de quince pies. Si el dueño del árbol desatendía el requerimiento, el propietario del fundo procedía por sí mismo a la poda haciéndola suya la leña que de esto resultaría: protegida esta acción a través del *interdictum de arboribus caedendis*.
  
- 2.- Asimismo la ley de las XII Tablas, establecía que - "el dueño de un fundo tiene el derecho de entrar dentro del fundo vecino para recoger la bellota del propio árbol caída de éste. Tal facultad es reconocida también por el Pretor, disponiendo que la entrada pueda hacerse en días alternos. Lo que antes se refería solamente a la recogida de bellota, se extendía a toda clase de frutos, e incluso a cualesquiera objetos caídos en el fundo colindante, siempre que aquí no sea dado intentar la *actio ad exhibendum*." (48)
  
- 3.- En la época postclásica se prohibía que las propias construcciones oscurecieran excesivamente la casa del vecino, disponiéndose que nadie levantara edificios a menos de cien pies de distancia de los ya existentes que tuvieran vista sobre el mar. La Legislación Justiniana estableció que el propietario debía tolerar el saliente del muro de propiedad del vecino siempre que no excediera de medio pie.

---

(48) Dig. 43, 27, 1.

- 4.- Se menciona que debe mediar un espacio entre edificios y predios contiguos. Entre los primeros, sus propietarios debían dejar un espacio de dos pies y medio, mientras que los de los fundos rústicos estaban obligados a dejar un espacio de cinco pies a fin de facilitar la circulación de personas y animales. Con posterioridad fueron establecidas otras restricciones como la prohibición de realizar construcciones a una distancia menor de doce pies de un edificio ya existente, levantar los edificios a una altura superior a cien pies, etc.
- 5.- El propietario de un fundo debe permitir, en los límites que marca la tolerancia humana, los humos y otras emanaciones -immissio- del fundo del vecino.
- 6.- Al tenor de un principio consagrado por el ius civile vigente en la época clásica no estaba permitido desviar el curso natural de las aguas. Podía pedírsele, por la actio aquae pluviae arcendae, la demolición de esas obras a fin de permitir que esas aguas discurren libremente de acuerdo con la configuración del suelo y del subsuelo. Por la prohibición indicada no debe entenderse la absoluta imposibilidad de abrir hoyos o canales o realizar obras que desvíen o paralícen la corriente. La actio aquae pluviae arcendae sólo tenía por objeto evitar la afluencia del agua en proporción no natural por causa de una obra artificial.

La obligación sancionada por la actio aquae pluviae arcendae se refería tanto al propietario del fundo superior como al del inferior. Si este no podía evitar la entrada natural de las aguas en --

forma que perjudique al propietario, tampoco -- aquél podía construir obras o efectuar demoliciones capaces de hacer más gravoso para el fundo inferior el curso de las aguas.

El régimen de las aguas, regulado en la forma citada, varió profundamente en la legislación de -- Justiniano, especialmente en las provincias. En efecto, el citado emperador, anticipándose a los principios que consagraría el derecho romano, dictó algunas normas mediante las cuales el aprovechamiento de las aguas quedó condicionado a las necesidades del cultivo. De acuerdo con el régimen -- instituido por Justiniano el agua era objeto de una propiedad especial y cada cual podía hacer uso de ella hasta el límite de la propia utilidad. Resulta así que era el concepto de utilidad el que presidía todo el ordenamiento instaurado por Justiniano, de manera que fuera de este límite, todo -- propietario debía dejar libre el curso de las aguas para que éstas pudieran regar el fundo del vecino.

- 7.- En caso de que el propietario de un predio resultara expuesto al peligro de que el edificio del -- vecino se derrumbara causándole algún daño, concedía el Pretor, a petición del propietario amenazado por la ruina, la seguridad de obtener, mediante la cautio damni infectio, del propietario del edificio ruinoso, la reparación completa del perjuicio que la ruina le provocara.

Si el dueño del edificio que amenazaba ruina no -- prestaba tal caución, el Pretor otorgaba la posesión del inmueble peligroso al propietario amenazado (missio ex secundo decreto). En el caso de

oponense el dueño del edificio ruinoso a la missio in possessionem, el vecino tenía contra él una acción para reclamar la indemnización de los perjuicios.

8.- La Ley de la XII Tablas prohibió la demolición de los edificios construidos con materiales ajenos, quedando el dueño habilitado solamente a reclamar una indemnización por medio de una acción personal. Por las mismas razones se prohibió retirar de las casas, en las ciudades y en las quintas de los campos, las columnas y las estatuas que sirven de sostén y de adorno. La Ley de Tig no Juncto, reguladora de estas limitaciones, estableció, además, que el propietario de -- los palos usados en las construcciones de las viñas no podía reivindicarlos, quedándole solamente el recurso de exigir una indemnización equivalente al doble del valor de los maderos.

9.- El propietario de un sepulcro situado en terreno al cual sólo se tiene acceso por el fundo vecino, no se halla asistido, en la época clásica, de un derecho de paso forzoso, si bien le es dado pedir la entrada en forma preccaria -percibus, mediante súplica y extraordinaria. La legislación justiniana reconoce, en cambio, el derecho de paso forzoso, dejando a salvo la equitativa indemnización. Surge así, la servidumbre legal de paso necesario, que se extenderá más tarde a todos aquellos casos en que un fundo se halla enclavado dentro de otros fundos.

10.- Los actos *ad emulationem*, la propiedad territorial es una fuente de obligaciones y derechos. Cuando el propietario ejercita las facultades que le corresponden dentro de los límites legales establecidos positivamente; ningún acto realizado dentro de los confines de su fundo puede considerarse pernicioso y con consecuencias perjudiciales para el vecino. Paralelamente, un criterio diferente, señala la prohibición absoluta de ingerencia en el fundo contiguo, es capaz de provocar consecuencias igualmente perjudiciales al quedar el propietario imposibilitado para la realización de los actos -- mas esenciales para la vida diaria. Consideraciones de esta índole han servido de fundamento a la búsqueda de un criterio capaz de establecer, como dice Fonfante, "un límite general ejercicio de la propiedad y, recíprocamente un límite general de la tolerancia, que permita por así decirlo, irradiar fuera del propio fundo." (49)

La cuestión relativa a la determinación de la licitud e ilicitud de los actos cumplidos por el propietario sin utilidad para sí y con el sólo propósito de perjudicar al vecino no preocupó ciertamente a los jurisconsultos romanos en forma de obligarlos a formular una teoría general sobre el particular. Fundados en el principio de que "el que ejercita su derecho a nadie perjudica", los actos de la naturaleza indicada no fueron expresamente prohibidos. Las opiniones de los autores están divididas en la materia, pero conociendo la repugnancia de los jurisconsultos a investigar la intención del sujeto, transponiendo los umbrales de la intimidad, lo más verosímil es que el principio anteriormente indicado hubiese estado en efectiva vigencia.

---

(49) BONFANTE, PIETRO. Ob. Cit. p. 322

Un cambio en el tema estudiado se verificó en tiempos de Justiniano, en cuya legislación parece se consagró la prohibición de los llamados actos *ad emulationem*.

La doctrina sobre los actos de esta naturaleza fue especialmente elaborada, en la Edad Media. En virtud de tal doctrina está prohibido que un propietario construya en su fundo un muro - sin utilidad para sí y con la intención de quitar al vecino luz o alguna perspectiva agradable. Es de señalar, a propósito de esta cuestión tan controvertida que un poderoso análisis de los principios generales de derecho conduce a la conclusión de que una limitación tan importante de la propiedad no puede fundarse exclusivamente en la intención con que un propietario realiza un acto. Es menester probar que ese acto ocasiona un perjuicio, lesiona un derecho legítimo de tercero. El criterio subjetivo de la mala intención es insuficiente para establecer una limitación general del derecho de propiedad.

Como la doctrina elaborada en la Edad Media adoleciera del defecto de no considerar el problema debatido en su verdadera amplitud evaluando debidamente los diversos factores que entran en su composición, Thering formuló la teoría del uso normal expresando que todo daño o molestia resultante del ejercicio anormal del derecho debe ser declarado ilícito. En consecuencia, al propietario le está prohibido realizar actos que representen un uso anormal de la cosa propia. Por el contrario, es lícito - todo acto ejecutado con arreglo a las condiciones vigentes en una sociedad dada aunque de él deriven algunas molestias para el vecino.

---

\* Los actos *ad emulationem* constituyen el origen en la doctrina moderna, de la teoría del abuso del derecho, cuya paternidad le corresponde a Josseland y quien no sólo la explica en los derechos patrimoniales, sino los extrapatrimoniales.

### 3.6. LA COPROPIEDAD O CONDOMINIO.

*Sobre el tema Margadant nos explica:*

*"La copropiedad se daba cuando varias personas tenían un derecho de propiedad sobre un solo objeto, cada una de ellas era propietaria de una cuota ideal." (50)*

*"Esta pluralidad de derechos de propiedad sobre la misma cosa, - conocida por los romanos con el nombre de communio, puede ser voluntaria o incidental, según provenga, respectivamente, de la voluntad concorde de varias personas -que actúan así de conformidad con las reglas del contrato de sociedad- o de un hecho que queda al margen de toda decisión o determinación de los sujetos -communio incidens-. Ocurre lo último, por ejemplo, cuando una cosa es legada en común a dos o más personas o, cuando dos cosas pertenecientes a dueños distintos se unen casualmente." (51)*

*De acuerdo con lo anterior se sostiene en el derecho romano que en el condominio los propietarios tienen derecho a una cuota intelectual o partes pro-indiviso. De manera - que según este concepto, los poderes de los copropietarios no - se ejercen sobre partes materiales de la cosa, sino que tienen derechos sobre porciones ideales abstractas.*

*La copropiedad está integrada por los siguientes elementos:*

- a) Varios sujetos o copropietarios.*
- b) Un solo objeto no dividido materialmente. Es el elemento que vincula a los titulares del derecho.*

(50) Guillermo Floris Margadant: Ob. Cit., p.p. 252-253

(51) Juan Iglesias, Ob. Cit., p. 308



- c) El reconocimiento de cuotas ideales. Estas determinan los derechos y las obligaciones del status de -- los condóminos.

Los diferentes tipos de copropiedad que encontramos son:

- a) La copropiedad, que procede del consentimiento o de la voluntad de las partes (condominio convencional) Sería el caso de dos o más personas, quienes adquieren la propiedad de un inmueble (edificio o fundo).
- b) La copropiedad legal, es aquella, que se produce -- por un hecho ajeno a la voluntad. Un ejemplo de -- ello sería la herencia, en que los coherederos son codueños del patrimonio hereditario (comunidad incidental -*communis incidens*-).

Los principios reguladores de la copropiedad no fueron -- siempre los mismos en el derecho romano. Desde su primera forma, representada por la comunión universal de bienes constituidos por los filiafamilias a la muerte del pater, hasta la legislación de -- Justiniano, encontramos cambios de singular importancia. En el régimen arcaico encontramos una característica desaparecida ya en la época del derecho clásico. En efecto, el ordenamiento vigente en la antigüedad permitía el ejercicio del derecho de propiedad por cada uno de los consortes sobre toda la cosa, sin más limitación que el ius prohibendi del otro condominio.

Cada uno de los condóminos podía enajenar libremente la cosa y manumitir al esclavo en común con la consecuencia de transmitir la propiedad de aquélla y declarar la libertad de éste. En -- un régimen análogo al ordenamiento de la colegialidad de los magistrados romanos.

En el derecho clásico el poder de disposición aparece

notablemente restringido, pues domina el principio de la limitación a la extensión de la parte pro-indiviso correspondiente a cada condómino. Ninguna parte puede disponer libremente de la cosa común en su integridad, pero sí de la cuota abstracta que le corresponde. Los actos de disposición jurídica quedan así limitados a la extensión de cada parte. Cada condómino es libre de enajenar su *pars domini* libremente, gravarla con un usufructo, -- constituiría en hipoteca, etc. El mismo régimen informa también los actos de disposición material, inspirado en el concepto de dominio parcial. La adquisición de frutos aparece regulada en forma que cada copropietario hace suyos los frutos de la cosa, pero pro parte, es decir, en porción de su cuota. El uso de la cosa aparece ordenado a tenor de un principio que permite que cada copropietario actúe con independencia, como propietario aislado y exclusivo, pero quedando a salvo el derecho de los otros condóminos para oponerse en virtud del llamado ius prohibendi. Este ius prohibendi se refería, especialmente a las construcciones, demoliciones y en general, a cualquier innovación que se pretendiera realizar en la cosa.

El ius adcrescendi, residuo del antiguo régimen, regulaba la renuncia de un condómino a su derecho, especialmente con relación a los esclavos. Si se daba el supuesto mencionado, es decir, si un condómino manumitía a un esclavo, tal acto no producía otro efecto que el de aumentar con su cuota la de los demás condóminos. En la legislación de Justiniano, inspirada, como sabemos, en una tendencia muy favorable a la liberación de los esclavos, se suprimió el ius adcrescendi en el sentido de que si un condómino manumitía a un esclavo, éste quedaba libre, pero los otros condóminos conservaban su derecho de reclamar una indemnización por haberse visto obligados a vender sus partes respectivas. También el ius prohibendi quedó limitado a los casos en que su ejercicio revirtiera efectivamente en beneficio de la comunidad. Los condóminos no podían, al favor de aquella facultad, oponerse a uno de ellos fuera enterrado en el fundo común, aunque el lugar no fuera destinado a la sepultura. Mediando, sin embargo, la opo

sición de los condóminos, el lugar en que era depositado un cadáver no se hacía religioso. El principio rector de la comunidad es el consentimiento unánime de los condóminos en la legislación de Justiniano.

Los efectos de la copropiedad, señalados por el derecho Justiniano, son los siguientes:

- 1.- Ningún copropietario, individualmente, puede disponer de la cosa poseída en común, sin el consentimiento de la totalidad de los copropietarios. Por esta razón, está impedido de enajenar, gravar o limitar la cosa en cualquier sentido.
- 2.- El copropietario puede disponer de su cuota parte, por cuanto no se altere la esencia del condominio ni la situación de los demás copropietarios. Ello significa que puede enajenar, gravar o renunciar a su derecho ideal sobre la cosa.
- 3.- Al fin de realizar innovaciones o alteraciones de la cosa, que modificarían su estado, se exigía el consentimiento expreso de los copropietarios. De tal manera que para poder hacer mejoras del ob jeto se debía de contar con el consentimiento uná nime de todos los copropietarios; aquí, la mayoría no obligaba a la minoría.

Se exceptuaba -como ya vimos- el caso de entierro de un cadáver, en el predio de la comunidad, sin embargo, ese lugar no asumía por ello, un carácter religioso, ni la voluntad de los condóminos.

- 4.- En caso de despojo o perturbación del derecho de propiedad, o de posesión por terceros o por alguno de los copropietarios, cada uno de éstos podía ejer

cer en forma independiente la acción que procediese. Un ejemplo de ello sería la acción reivindicatoria o la acción negatoria.

5.- En sus relaciones mutuas los copropietarios respondían por la culpa in concreto, es decir, no por una conducta que hubiera sido la típica de aquel abstracto *bonus paterfamilias*, que tantas veces encontramos en el derecho romano, sino por una conducta de un grado igual de cuidado al que solía mostrar en sus demás negocios.

6.- En la copropiedad, los codueños estaban asistidos del derecho a pedir la división de la cosa, si lo consideraba necesario para impedir problemas de carácter práctico. Para obtener este resultado, bastaba la voluntad de uno contra todos.

La *actio communii dividundo* y la *actio familiae excis-cundae*, en caso de herencia, eran acciones con carácter real y -- personal, simultáneamente, por cuanto podían ejercerse, no sólo -- para dividir la cosa, sino también para obtener indemnización por los daños causados a algunos copropietarios.

La *actio comunii dividundo* producía efectos diferentes según la cosa común fuera o no divisible. En el primer caso, el juez adjudicaba a cada uno de los condóminos una parte materialmente determinada en proporción a su cuota. En el segundo caso se procedía a la venta de la cosa a un tercero, o a su adjudicación a uno o varios condóminos quedando éstos obligados a pagar a los demás una suma equivalente al importe de sus cuotas.

## C A P I T U L O I V

### DIVERSOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

#### 4.1. LA DIFERENCIA ENTRE MODO Y TITULO.

Es constantemente cuestionado si es suficiente el título para adquirir un derecho real sobre las cosas, o se requiere, además, el modo, el criterio prevalenciente en el derecho romano está resumido en el siguiente principio: "*traditionibus et uscapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur*". El simple pacto no es pues, suficiente para transferir el derecho de propiedad. Es de rigor además el modo, la tradición, sin cuya formalidad no se adquiere la propiedad ni ningún otro derecho real sobre las cosas.

Según la opinión de la mayoría de los romanistas, en todas las épocas del derecho romano, el modo era considerado como un requisito esencial para adquirir la propiedad y poder ejercer la acción reivindicatoria.

De acuerdo a lo anterior podemos establecer que el título no es suficiente por sí sólo, para transmitir el dominio. - La razón de ello reside, en que el derecho romano, en materia de actos jurídicos, es sustancialmente formalista. La doctrina romanista distingue claramente entre los conceptos de pacto y contrato, pero no reconoce la libertad de contratación, guiándose durante siglos por el principio *nuda pacta obligationem non parant*. Los simples pactos no producen obligaciones. No obstante

en la etapa justineana, con el reconocimiento de la voluntad de contratar, se admitió el principio pacta sunt servanda. Los pactos producen obligación. Significó, por tanto, un gran avance, pero sin que esto suprimiera el carácter formal de dicho derecho. En cambio se puede afirmar que el título sólo tiene importancia en la doctrina romana, para uno de los modos de adquirir la tradición. En ella, están comprendidos los modos primitivos para transferir el dominio, tales como la in jure cessio y la mancipatio, de cuyas transformaciones surgió aquella.

#### 4.2. CLASIFICACION DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Se llaman modos de adquirir la propiedad a los hechos jurídicos que la ley declara idóneos para que aquella entre, como señorío general que es, en la esfera de disposición de los sujetos particulares. La variedad con que tales hechos jurídicos se presentan da lugar a clasificaciones diversas. De raíz romana y bizantina, respectivamente, son los que a continuación exponemos.

En las instituciones de Gayo se distingue entre modos de adquirir ius civile y ius gentium. Dentro de los primeros figura la mancipatio, la in jure cessio y la usucapio; dentro de los segundos, fundados en la naturalis ratio, la ocupatio, la accessio, la especificatio, la traditio. La distinción tiene gran importancia en la época clásica, ya sea referida a los sujetos -ciudadanos romanos exclusivamente en los modos civiles- y a las cosas -las res nec mancipi son las únicas susceptibles de adquisición ius gentium-. Una vez otorgada la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio a través de la Constitución Antoniniana del año 212, se borra la diferencia entre res mancipi y res nec mancipi, desaparecidas en fin, viejas formas civiles de mancipatio y de la in jure cessio. Semejante distin-

ción tiene un sólo valor técnico en la compilación Justiniana. Por lo demás en las instituciones de este emperador la distinción entre modos civiles y modos naturales se alarga hasta -- abarcar la generalidad de los modos de adquisición.

La clasificación de origen netamente bizantino es la que distingue entre modos de adquisición originarios y derivativos. Son originarios porque se da la adquisición del bien sin que medie relación con su antecesor jurídico, como ocurre por ejemplo en la ocupación de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*). - Modo derivativo es, por el contrario, la adquisición cuya eficacia arranca en un acto de disposición del precedente titular, - cual sucede, por ejemplo, en la tradición (*traditio*). \*

Si la antítesis se muestra clara y precisa en los casos más típicos de - ambas categorías - y así en los ejemplos antes puestos-, todavía no cabe decir que ocurra siempre lo mismo. La adquisición de frutos tanto puede ser originaria como derivativa. La usucapión ofrece característica especiales, que mueven a los autores a no pocas discusiones. Algunos se inclinan a colocarla entre modos originarios, pero debe observarse que si falta aquí aquella directa coordinación entre el derecho del anterior titular y el derecho del nuevo, aún es menester justificar la adquisición de la posesión, que es fundamento de la usucapión. Hay al menos una sucesión cronológica, en cuanto que la cosa fue de propiedad de otra persona hasta el momento en que se cumplió la adquisición. En efecto, el cambio de propietario se realiza en el instante preciso en que la usucapión se ha consumado. Por otra parte, las prohibiciones de enajenar impide - la usucapión, y además, la usucapión no extingue el usufructo, las servidumbres activas y pasivas y la prenda. Dados estos caracteres y presupuesto también un consentimiento tácito del propietario, los romanos cuentan la usucapión entre las enajenaciones.

Los romanos no se cuidaron de distinguir en la forma hoy tan preferida. Fuera de la sucesión hereditaria, no conciben que los derechos y las obligaciones -situaciones puramente personales- puedan ser objeto de transmisión. En la mancipatio y en la *in jure cessio* lo decisivo es la afirmación unilateral del derecho de propiedad por parte del adquirente frente a un enajenante que renuncia, no oponiéndose, a lo que era suyo. La *traditio* tiene un principio de eficacia exclusivamente posesoria, según parece lo más probable; función traslativa del dominio tiene en la época clásica, pero es muy oscura. Consecuencia de los tres actos mencionados, pero no esencia de los mismos, es la transmisión del derecho.

Todo esto significa, en definitiva, que los clásicos no contemplaban la *traditio in jure*, sino la *translatio rei*. Ciertamente, Gayo habla tan sólo de una transmisión de la cosa y no del derecho que recae sobre la misma y hay buen fundamento en pensar que han sido los bizantinos quienes han visto en la transmisión de la cosa la transmisión del derecho.

*El interés práctico de la distinción se basa en el hecho de que en los modos originarios, la propiedad es adquirida en toda su plenitud, sin más cargas o gravámenes que los impuestos - por la ley. En los modos derivativos, por el contrario, es preciso tener en cuenta la situación jurídica del que transmite, pues nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que se tiene por sí mismo. La propiedad se adquiere, entonces, con las limitaciones, cargas o gravámenes que el tradente hubiese constituido legalmente sobre la cosa objeto de ella.*

*La transmisión de la propiedad puede efectuarse a título universal o a título singular. Es a título universal cuando la adquisición comprende todo el patrimonio de una persona o una parte alícuota de él. Y es a título singular cuando se adquieren una o varias cosas específicas.*

*También se puede adquirir la propiedad a título oneroso y a título gratuito. Se adquiere a título oneroso, cuando responde a una contraprestación que representa el valor económico de la cosa adquirida y es a título gratuito cuando no hay contraprestación. Ejemplos: la compra-venta y la donación, respectivamente.*

#### **4.3. MODOS ORIGINARIOS DE ADQUISICION.**

*Estudiamos los modos de adquisición del dominio siguiendo esta clasificación, sin perjuicio de señalar en cada caso cuáles provienen del derecho civil y cuáles del derecho natural o de gentes. Entre los modos originarios de adquirir la propiedad se cuentan: la ocupación, la accesión, la especificación, la confusión, la comixión, la adjudicación y la usucapión.*



#### 4.3.1. LA OCUPACIÓN. \*

*Margadant la define como:*

*"Aquella por la cual hacemos nuestra una cosa que está dentro del comercio, pero que, en este caso concreto, no pertenece de hecho a nadie, o pertenece a un enemigo, en caso de guerra". (52) "Esta adquisición de la propiedad se opera mediante la simple toma de posesión de la res corporalis. La adquisición se verificaba a favor del ocupante, sólo en relación de una cosa res nullius". (53)*

*En base a lo anterior, podemos establecer:*

- a) *Que es un modo originario de adquirir, por cuanto no existe relación jurídica preexistente. El derecho de propiedad surge en forma autónoma e independiente en el ocupante.*

\* Por la ocupación se constituye uno en propietario, consideran los juristas consultos romanos que éste fue el origen de la propiedad al principio de las sociedades. Pero en la práctica de la ocupación, su dominio disminuye, pues a la par del desarrollo de la propiedad privada, las cosas que no tienen dueño se hacen cada vez más raras. Sin embargo, este modo de adquisición conservó entre los romanos una gran importancia, perdida en nuestros días, porque tenían por res nullius susceptibles de ocupación, los bienes de sus enemigos y de los pueblos con los cuales no habían establecido tratados de alianza o de amistad. EUGENE PETIT. Ob. Cit. P. 192.

(52) MARGADANT FLORIS. Ob. Cit. P. 254.

(53) ANTONIO GUARINO. Diritto Privato Romano. Edit. Napoli Casa Editrice. - Dott. Eugenio Jovene. 1962. P. 337

- b) Que se requiere una toma de posesión. Debe existir una relación jurídica posesoria, entre el presunto ocupante y la cosa que se pretende ocupar. De allí que, mediante la ocupación, se explique una teoría para -- justificar el origen de la propiedad en ella.
- c) Que la cosa que se ocupe no tenga dueño (*res nullius*), o que la cosa que se ocupe sea abandonada -- (*res derelictae*), o sea, que su propietario no tenga la intención de tener la propiedad sobre la misma, la cual no debe ser confundida con la cosa perdida, pues ésta no hay motivo de creerla abandonada por su dueño. En este caso se hallan los efectos de los naufragos y los que se echan al mar, para aligerar la nave.

El maestro Chibly señala que los requisitos de la ocupación son:

- a) Que el sujeto sea capaz.
- b) Que el sujeto tenga la intención de hacer suya la cosa (*animus domini*), es decir, que se tome la cosa con intención de apropiarla, o sea, que la toma de posesión, aun cuando sea distinta, según la naturaleza de la cosa, debe ser suficiente para que quede bajo nuestra disposición.
- c) Que la cosa, que se pretende ocupar, *intra-commercium*.
- d) Que la cosa carezca de dueño --*res nullius*-- y, también que sean cosas abandonadas --*res derelictae*-- (54)

---

(54) ABOUHAMAD HOBAICA, CHIBLY. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I.  
 Edit. Jurídica Venezolana. Tomo I. Pág. N° 561. 3ª Edición. Año de 1978.  
 Caracas, Venezuela

*Diversos casos de ocupación:*

- 1.- *La insula in mari nata* (las islas del mar).
- 2.- *Las res inventae in litore maris* -perlas, piedras, conchas-, es decir, las cosas descubiertas en la ribera del mar.
- 3.- *La caza de las ferae bestiae*, ésto es, de los animales que gozan de libertad natural. El cazador hace suyo el animal cazado, importando poco que ésto ocurra en finca ajena. El propietario de una finca puede prohibir el acceso a ella de cualquier extraño, -pero no porque se reconozca a su favor la existencia de un derecho exclusivo de caza.

Al cazador que de cualquier modo entra en la finca ajena podrá hacérsele responsable de una violación, pero la pieza cazada es suya. Idéntico principio rige -en materia de pesca (*piscatio*).

En la época clásica se discute acerca del momento en que el cazador adquiere la propiedad del animal herido. La legislación de Justiniano estableció al respecto que no bastaba que el cazador hiciera y persiga al animal, sino que es necesaria también la aprehensión.

Además de los animales salvajes, pueden ser objeto de ocupación los animales amansados o domesticados (ciervos, palomas, etc.) que han perdido el animus revertendi, ésto es, el hábito de volver a la casa del dueño. Se excluyen de la ocupación, en todo caso los animales domésticos (caballos, bueyes, etc.)

- 4.- *Las res derelictae*, es decir, las cosas libremente abandonadas por su dueño y no las cosas perdidas o extraviadas.

Lo anterior dio lugar a que se discutiera entre los jurisconsultos clásicos acerca del momento en que se pierde, por el abandono, la propiedad. Según los proculeyanos, la pérdida de la propiedad coincide con el acto de aprehensión por parte de otro; los sabinianos, por el contrario, entienden que la propiedad se pierde en el instante mismo en que el titular se despoja de la cosa. Esta última opinión, que concibe la *derelictio* como una transmisión a persona incierta, fue acogida por la legislación de Justiniano.

Dos constituciones imperiales de finales del siglo IV aplican a los *agri deserti* el régimen de la *derelictio*. Las tierras situadas en los confines del Imperio, expuestas como estaban a las incursiones de los bárbaros, solían ser dejadas incultas por sus dueños. Con el fin de remediar los males que de aquí nacían, se permitió a cualquiera ocuparlas y cultivarlas, transformándose la posesión en propiedad luego de pasados dos años, sin que el propietario las reivindicase. De otra forma, si el propietario que no puede pagar los tributos, abandona el fundo y no retorna a éste dentro de seis meses, según el requerimiento oficial que se le hace, adquiere la propiedad la persona que, entrando a ocuparlo, se comprometa a correr con las cargas fiscales.

- 5) *Las res hostium*, es decir, las cosas tomadas a los hostes, sea en acción de guerra o fuera de ella, - esta última se da cuando no media un tratado de amistad con Roma,

Según nos dice Gayo, los romanos consideraban como la propiedad más legítima la de las cosas cogidas al enemigo. En época histórica, el botín propiamente dicho pertenece al Estado, - en tanto que las cosas concretas y objetos singulares entran en el dominio del que las ocupa.

6.- *Adquisición del tesoro, el tesoro puede ser definido como todo objeto móvil escondido desde tiempo inmemorial y sobre el cual, como una consecuencia natural, nadie puede tener derecho, en cuanto el propietario no existe verdaderamente y la serie de sus sucesores está extinguida. En las fuentes encontramos una definición del tesoro, debida a Paulo, según la cual "thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniam, cuius non extat memoria, ut iam dominium non habeat". Se trata pues, de un objeto precioso cualesquiera, no solamente dinero, que permanece oculto, sea bajo tierra, sea de otro modo, durante un tiempo tal que no es posible identificar a su propietario." (55)*

*La adquisición del tesoro no siempre fue regulada del mismo modo en el derecho romano y la variedad de reglas consagradas al efecto aparece como una consecuencia de la evolución general del derecho. En los primeros tiempos, la regulación respondió a la peculiar naturaleza de la propiedad romana y por tanto, se consideró - el tesoro como un incremento del fundo en que se encontraba, toda vez que la propiedad alcanzaba a todo cuanto estuviere en el subsuelo. Con posteridad y probablemente como consecuencia de la ley Julia, se aplicó a la adquisición del tesoro el régimen de los bienes vacantes, atribuyéndose la propiedad al erario primero y el -- fiscus después.*

*El aludido régimen volvió a sufrir un cambio radical con motivo de una constitución del emperador Adriano que estableció -- que si el descubrimiento del tesoro se verificaba en fundo ajeno, - la mitad pertenecía al dueño de éste y la otra mitad al descubridor. Si el lugar en que se producía el hallazgo era religioso o sagrado, la totalidad del tesoro correspondía al descubridor.*

*Una regla que se mantuvo invariable a través del tiempo*

---

(55) Dig. 41, 1, 31, 1.

estableció que el descubrimiento del tesoro no debía ser consecuencia de una búsqueda, sino de la casualidad; en caso de no ser -- fortuito el hallazgo, el derecho romano no reconoció ningún derecho a favor del descubridor. El fisco tenía igualmente derecho a la mitad del tesoro en el caso de que el descubrimiento se verificase en terreno público.

#### 4.3.2. LA ACCESION.

El derecho de propiedad puede sufrir diversas limitaciones por las causas que hemos señalado en el capítulo anterior. Pero al mismo tiempo que es susceptible de experimentar aquéllas restricciones, puede también aumentar o extenderse, sea por sus propias producciones, sea por los incrementos que reciba. El derecho de accesión, que es el nombre que se da a la extensión del dominio fue catalogado en el derecho romano como un modo originario de adquirir la propiedad. Así tenemos que "la palabra accesión, de ad y cedere, caen al lado, expresa la idea de aumento, agresión, adición o unión de entreambas." <sup>(56)</sup> "jurídicamente significa, como un modo natural de adquirir, que daba derecho al propietario de -- una cosa sobre todo lo que a ella se incorpora, como parte integrante de ella; y sobre todo lo que se desprende de la misma para formar un nuevo cuerpo." <sup>(57)</sup> En virtud del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal (accessio cedit principali), el propietario de la cosa principal extendía sus derechos a cualquier otra cosa que hubiere venido a agregársele, llegando a ser parte o elemento constitutivo de ella, hasta el punto de perder su propia individualidad. Cuando se trata de muebles la aplicación del principio a que se alude no resulta tan fácil y para resolver

(56) ABOUHAMAD HOBAICA, CHIBLY. Ob. Cit. P. 563

(57) PETIT, EUGENE. Ob. Cit. P. 200.

los diversos problemas que puedan suscitarse ha debido apelarse a diversos criterios para determinar precisamente lo principal y lo accesorio. Se tienen en cuenta, a dichos efectos, el volumen, el valor de las cosas, etc.

Los requisitos para que se pueda llevar a efecto la accesión son:

- 1.- Que haya una cosa principal y una cosa accesorio; en forma que la accesorio sea absorbida por la predominante. Debemos aclarar que un inmueble es siempre cosa principal, en relación a los muebles. Entre cosas muebles, los juristas consideran como principal la que, después de la unión, conserva su nombre y su individualidad y como accesorio la que está unida a la otra para adornarla o completarla, aún siendo más preciada puesto que el valor en nada influye en esta solución.
- 2.- Que la cosa principal constituya un todo homogéneo como una copa o una estatua, o bien un compuesto de partes adherentes entre ellas, como un edificio o un carro. Pero estando formado por partes distintas entre ellas, como un rebaño, no puede haber absorción de la cosa accesorio, pues existe siempre y no cambia de dueño.
- 3.- Que la unión tenga lugar por voluntad de uno solo ó por efecto del azar. Si ha sido hecha por voluntad común de las partes, la adquisición que puede resultar se opera entonces por tradición.

Para ceñir en sus verdaderos límites el alcance de la adquisición por accesión hay que agregar que no es siempre defini

tiva, porque todo ello depende de la siguiente distinción. Si la separación de dos cosas es posible y está permitida y el que era propietario de la accesorio la hace ejecutar, esta cosa retorna a su propia individualidad y vuelve desde luego, a su primitivo amo, quien puede siempre reivindicarla. La adquisición sólo ha sido temporal. Pero si la fuerza de las cosas o razones de interés general, dieran a la incorporación de la accesorio a la principal - un carácter indestructible, la adquisición será definitiva, salvo la indemnización para el propietario despojado. Lo mismo ocurre cuando la separación es posible, si el propietario de lo accesorio prefiere ser indemnizado; lo cual sucedía con mucha frecuencia.

Los juristas romanos agruparon los casos de adquisición de una cosa mueble a otra cosa mueble, de cosa mueble a inmueble y cosa inmueble a otra inmueble. No se daba el caso de adquisición de un inmueble a un mueble porque como ya dijimos aquél era tenido siempre como cosa principal.

Dentro del primer grupo, adquisición de bien mueble a bien mueble, tenemos los siguientes casos:

- 1.- La *feruminatio*, consiste en la unión inmediata de dos objetos del mismo metal en aplicación de un procedimiento que permite la fusión de las moléculas de los materiales sin mediar un tercer elemento. De acuerdo con el principio prevaleciente en materia de adquisición, el dueño de lo principal hace suyo lo accesorio en forma definitiva e irrevocable, pero debiendo pagar al propietario de la cosa accesorio una indemnización. Cuando se unen dos objetos metálicos, de igual o diferente especie, mediante un tercer elemento, plomo o estaño, se tiene la llamada *plumbatura*, distinta de la *feruminatio*. Si la unión puede deshacerse sin detrimento de las cosas, no se produce la adquisición definitiva de la propiedad. Los dueños respectivos están habilitados para ejercer -



la *actio ad exhibendum*, petitoria de la separación e intentar luego la reivindicación.

- 2.- La *textura*, que se daba cuando se entretrejan en un paño hilos ajenos. De acuerdo con los principios consagrados por la legislación de Justiniano, ceden a la tela ajena los hilos que se le incorporan, sea por hundados o por entretrejididos. En la época clásica, sin embargo, los jurisconsultos entendieron que la *textura* no permitía la adquisición definitiva de la propiedad. Ulpiano consideró que los dueños podían ejercer la *actio ad exhibendum*.
- 3.- La *tinctura*, que se daba con la coloración de telas o paños y que pertenecía al propietario del paño.
- 4.- La *scriptura*, tiene lugar cuando se escribe sobre papel o pergamino. A pesar de las discusiones a -- que dio lugar esta cuestión, fue resuelta finalmente, en el sentido de que lo escrito accede al pergamino, la tabla y otro objeto.
- 5.- La *pictura*. Originó igualmente controversias. Según Gayo, la tabla cede a la pintura, mientras que Paulo sostuvo lo contrario, es decir, que la pintura cede a la tabla. En la legislación de Justiniano se adoptó el criterio de Gayo, estableciéndose, en consecuencia, que la pintura es lo principal y la tabla lo accesorio. Esta diferencia otorgada por los jurisconsultos en el tratamiento de la obra literaria y la pictórica tiene su aplicación en el hecho de que la pintura se adhiere propiamente a la tabla, de tal modo que existe en ella y con ella. -

No es posible considerarla como cosa accesorias la obra de un gran artista; de ahí que la solución -- adoptada por Justiniano fuera la más adecuada, la que determina cabalmente la superioridad del arte sobre la materialidad de la tabla.

Se consideraba dentro de la segunda especie de accesión, la de cosa mueble a inmueble:

La siembra (*satio*), la plantación (*implantatio*) y la edificación (*inaedificatio*), realizadas en fundo ajeno.

En estos tres casos, en los que se introducían en un fundo objetos muebles que se incorporaban al suelo, regía el principio de que, siendo el inmueble -- la cosa principal, todo lo que a él se unía pertenecía al propietario del suelo (*superficies solo cedit*). Su aplicación en todos los casos mencionados por los mismos comentaristas no ofrece dificultades porque los inmuebles tienen la condición de principal y en tal situación, todo cuanto a ellos se une corresponde en propiedad a sus dueños respectivos.

"Así pues, en la siembra accedía a la tierra la semilla ajena que en ella se había sembrado y en la plantación el propietario del suelo adquiría lo en él plantado, siempre que echará raíces, y la adquisición era definitiva, aunque la planta se arrancara después. Los materiales de construcción podían, por el contrario, ser reivindicados por el antiguo propietario, si la conjunción perdía efecto. Pues no importaba el tiempo que hubiera durado la construcción, el propietario del terreno no podía hacer valer la usucapión contra aquél que reivindicaba los materiales, porque no los ha poseído como objetos particulares.

A quien de buena fe hubiese sembrado, plantado u edificado en terreno ajeno, le competía un derecho de retención por los gastos que hubiere realizado. De esta manera, se confinó al pro-

pietario de los materiales de construcción utilizados por el dueño del suelo el derecho de resarcirse mediante una acción por el doble de su valor (actio de tigno iuncto). La jurisprudencia clásica suavizó esta disposición de tiempos de las doce tablas, permitiendo que el dueño de los materiales, por medio de un *ius tollendi*, - obtuviera la recuperación de ellos, siempre que la separación no - provocará daño o menoscabo del edificio." (58)

Debido a que en cuestión de problemas de accesión la solución que con mayor frecuencia se presentaba era el de la indemnización, consideramos conveniente hacer una breve referencia sobre ésta, para que se de la indemnización debe tomarse en cuenta cualesquiera de los siguientes casos:

- a) La unión ha sido hecha por el dueño de lo accesorio, que está en posesión de la cosa principal entonces él se encuentra en una situación ventajosa, ya que puede retener la cosa, hasta que el propietario le indemnice, y para llegar a este resultado puede oponer la excepción de dolo a la *rei vindicatio*. - Pero este derecho sólo se le concede si está obrando de buena fe y habiendo creído que la cosa principal le pertenecía. Si ha ejecutado la unión de mala fe, sabiendo que tenía en sus manos la cosa - de otro, es imputado de haber querido hacer donación de lo accesorio al propietario de la cosa principal y en principio no se le debe ninguna indemnización. Esta rigurosa solución terminó por ser atenuada en la más importante hipótesis: aquella en que el poseedor de mala fe del terreno ajeno ha construido con sus propios materiales. - Si ha hecho construcciones o reparaciones necesarias, se le permite no entregar el fundo, nada - más que a condición de ser indemnizado. Si eran solamente útiles, posee el *ius tollendi*, es decir,

el derecho de levantar sus materiales antes de entregar el inmueble, con tal de que lo haga sin deterioración. Estas soluciones fueron admitidas al principio del siglo III de nuestra era, cuando el poseedor es demandado en petición de herencia y la misma razón de equidad lo hizo extender al caso de *rei vindicatio*.

En todos los casos, el poseedor sólo puede obtener indemnización por vía de retención. Si pierde la posesión sin haberse hecho indemnizar, los textos no le conceden ninguna acción en recurso contra el propietario.

b) La unión ha sido hecha por el dueño de la cosa principal, que está en posesión de todo. En este caso es preciso distinguir, según puedan ambas cosas estar o no separadas.

a) La separación es posible.- Tratándose, por ejemplo, de una banda de púrpura cosida a una toga, en este caso el propietario despojado ejerce contra el poseedor la acción *ad exhibendum* para forzarle a separar la cosa accesorio y a exhibírsela, entonces puede reivindicarla, lo cual le da completa satisfacción.

b) La separación no puede efectuarse.- Los romanos creían que sucedía así por consecuencia de imposibilidad material para la pintura y la escritura y también cuando la unión resulta de una soldadura hecha en caliente, e incorporando juntas dos partes de un mismo metal. Y aunque materialmente posible, estaba prohibida la separación, por razón

nes de utilidad general. Por ello, cuando algún propietario había edificado sobre su terreno con materiales de otro, la ley de las XII Tablas, atribuyendo a la conservación de las construcciones un interés público, superior al interés privado, prohibía formalmente al dueño de los materiales, que ejerciese la acción *ad exhibendum*, tendiente a que se hiciera demoler el edificio y reivindicarlos.

Se agrupan en la tercera categoría de accesión -la de cosas inmuebles a inmuebles, los llamados incrementos fluviales, entre los cuales se contaban los siguientes:

- 1.- El aluvión (*alluvio*), es el incremento paulatino e insensible que experimentan los fundos ribereños - por obra de la corriente de agua. Los propietarios de los fundos ribereños están expuestos a perder parte de sus predios por la acción lenta y continua de las aguas y en estas condiciones es natural que la ley, por una regla de equidad, les reconozca la propiedad de los acrecimientos que experimenten por la misma causa. El aluvión sólo tiene lugar en los ríos públicos y se benefician con él los propietarios de los fundos que limitan con tales ríos, tal es la regla consagrada por el derecho romano, no así los que confinan con lagunas o estanques, porque éstos no están expuestos a las contingencias - previstas de pérdida por disminución del caudal de las aguas.

Puntualizando diremos que los terrenos del aluvión pueden formarse por los acrecimientos que paulatina e insensiblemente experimentan los fundos ribereños por efecto de la corriente de las aguas, (partículas de tierra arrastradas por el río) y también con los terrenos que quedan al descubierto con ocasión del retiro insensible de una de las riberas hacia la otra. Al verificarse este fenómeno, queda al descubierto una porción de tierra cubierta antes

por las aguas y esa porción corresponde también a los ribereños.

- 2.- *La avulsión (avulsio), se produce cuando una porción de terreno se separa de un fundo ribereño y se une a otro por efecto del impetu del río. La violencia de las aguas puede arrancar una porción de tierra o transportar árboles o plantas que se incorporan a un fundo ribereño. La accesión se produce en tales condiciones desde el momento que las plantas transportadas se incorporan orgánicamente al nuevo fundo haciendo que el dueño de éste adquiera la propiedad de tales objetos. Antes de producirse la unión orgánica, el propietario de las plantas puede reclamarlos por la vía de la reivindicación.*

Puede también ocurrir que el desprendimiento de las materias incorporadas al suelo se produzca por una causa que no sea precisamente la violencia de las aguas, la quiebra del terreno, dice Juan Iglesias. En este supuesto la solución es la misma. La porción desprendida pertenece al propietario del fundo al cual han ido a incorporarse aquellas materias y su dueño primitivo sólo podía reivindicarlas antes de que se opere la unión orgánica al nuevo fundo. En cualesquiera de las hipótesis mencionadas, el propietario del fundo disminuido no tenía derecho a reclamar indemnización alguna, conforme así puede deducirse del silencio que guardan las fuentes al respecto.

- 3.- *Alveus derelictus, que se presentaba cuando un río público variaba de cauce, en cuyo caso el hecho era adquirido por los dueños de los predios situados en los que habían sido sus orillas. La distribución se hacía trazando una línea por el centro del cauce y las perpendiculares a ella desde los límites entre fundo y fundo de cada lado.*

- 4.- *La insula in flumine nata, que era la isla que -  
emergía de un río público y que se dividía entre  
los propietarios de los fundos de las dos riberas,  
o de una sola, según la posición.*

*"Una isla puede nacer en un río de diferentes maneras: si las --  
aguas se bifurcan y rodean un campo éste no cambia de dueño; pero  
si el río deja al descubierta una parte de su cauce, o si forma -  
un depósito que se eleva poco a poco por arriba de las aguas, es-  
ta isla pertenece a los ribereños del lado donde se encuentra; y  
encontrándose en medio del río, es de los ribereños de los dos la  
dos, lo mismo que el cauce abandonado. El principio de adquisi-  
ción es el mismo que el cauce abandonado. El principio de adqui-  
sición es el mismo puesto que se trata de una porción del cauce -  
que, no estando ya cubierta por las aguas, deja de ser pública pa-  
ra convertirse en propiedad privada.*

*Estas soluciones no eran aplicables a los agri limitati, cuya cá-  
bida estaba determinada por límites fijos. Pero en el siglo II -  
se admitía que los propietarios de estos terrenos ribereños de un  
río pudiesen, por ocupación, adquirir el aluvión, la isla y el --  
cauce abandonado." (59)*

---

(59) PETIT, EUGENE. Ob. Cit. P. 207

### 4.3.3. ESPECIFICACION.

Otro modo originario de adquirir la propiedad era lo que los glosadores han dado el nombre de especificación a un caso especial de adquisición que se presenta cuando un obrero o un artista elaboran un objeto nuevo *species nova*, con una materia que transfieren; por ejemplo, una estatua con un bloque de mármol, una alhaja con un lingote, una barca con madera y el vino con las uvas. Si el material le pertenece, no se suscita ninguna dificultad, porque entonces le pertenece también el objeto nuevo: tampoco hay dificultad si obra por cuenta del propietario, puesto que la convención habida entre ellos, regula el destino del objeto.

Pero ¿a quién debe pertenecer el objeto nuevo, cuando el obrero lo ha producido con material de otros, sin consentimiento del propietario? Esta cuestión, bastante delicada, era diversamente resuelta por los jurisconsultos romanos.

Los sabinianos pensaban que la cosa creada por el obrero no es más que una modificación de la materia, sin la cual no habría podido ser hecha; no admitiendo por consiguiente, que hubiera mutación de la propiedad: por eso el objeto queda perteneciendo al propietario de la materia, salvo indemnización para el obrero de buena fe. Los proculyanos al contrario, consideraban sobre todo la forma. Para ellos, la materia transformada por el obrero, ya no existe, y es reemplazada por un objeto nuevo que aun no pertenece a nadie, y del cual se hace propietario el obrero, como primer ocupante, salvo indemnización al dueño de la materia. Entre estas dos absolutas teorías, algunos jurisconsultos proponían un sistema de conciliación que confirmó Justiniano y descansa sobre una distinción. Si el objeto fabricado puede volver a tomar su antigua forma, la cosa primitiva no está destruida y puede renacer; así que no hay cambio de propietario. Pero si el objeto ya no puede volver



a su primer estado, es en realidad una cosa nueva, que por accessión se hace propiedad del obrero.

#### 4.3.4. CONFUSIO Y COMMIXTIO.

La confusio y commixtio son dos nombres que se dan en -- las fuentes a los casos de mezclas de sólidos y líquidos. Las reglas establecidas por el derecho romano para regular la adquisición de la propiedad en los casos mencionados son más o menos similares a las que estaban en vigencia en las distintas especies de accessión. Son situaciones parecidas, desde luego, ya que en la confusio y -- la commixtio se operaba también la unión o mezcla de las cosas, ya fueran sólidas o líquidas en forma de constituir un solo todo, diferenciándose especialmente en que ninguno de los cuerpos mezclados podía ser considerado como principal ni accesorio.

La confusio tiene lugar cuando se produce la unión de líquidos y la commixtio cuando se mezclan sólidos. Ejemplos: vino y miel, para el primer caso, cereales para el segundo. En ninguna de las dos hipótesis se da la absorción de una cosa accesorio por otra principal y en tales condiciones el principio de la accessión resulta de aplicación imposible. En consecuencia, no se produce -- propiamente un cambio de la propiedad y cada uno de los dueños de las cosas mezcladas dispone de la acción reivindicatoria para reclamarlas juntamente con una actio communi dividundo en el caso de que la separación resulte imposible.

Si la mezcla es el resultado de la voluntad concorde de los propietarios de las dos cosas no cabe hablar propiamente de -- confusio y la cosa resultante pertenece en condominio a ambos. -- Distinta es la situación si la unión se verifica por el azar o --

por la voluntad unilateral de uno de los propietarios. En esta hipótesis debe atenderse a si es posible o no, la separación de ambas cosas. En el primer caso, cada cual será propietario de lo suyo. En caso contrario, vale decir, ninguno de los propietarios puede distinguir lo que les pertenece, ambos tendrán derecho a una cuota individual, de acuerdo con la cantidad y la calidad de las cosas mezcladas.

Bonfante anotaba que en las fuentes se contienen referencias a casos en que la confusión produce un cambio en la propiedad y es cuando se mezclan monedas. Por ejemplo dice, cuando una persona me paga una deuda con monedas que no sean tuyas y yo mezclo esas monedas con las mías de tal modo que resulta imposible distinguirlas. El antiguo propietario no podrá reivindicar cada una de las especies y sólo podrá ejercitar las acciones correspondientes contra la persona que ha dado monedas que no eran tuyas. El mismo autor señala que la tesis relativa a la pérdida y adquisición de la propiedad en la confusión de monedas fue sostenida por Casio y que la escuela sabiniana consideraba como general la adquisición de la propiedad en la confusión.

#### 4.3.5. ADJUDICACION.

Ordinariamente, las sentencias judiciales son meramente declarativas y no atributivas de derecho. La sentencia que dicta un magistrado no produce el efecto de transferir la propiedad, por lo general, pero en las acciones de partición o en los juicios divisorios, el Juez puede hacerlo por medio de una adjudicatio. En la actio familiae erciseundae, en la actio communi dividundo y en la actio finium regundorum que son las únicas acciones divisorias, los poderes del Juez aparecen notablemente ampliados. En efecto, en el procedimiento formulario el Juez estaba investido de poder suficiente para proceder a una división, a asignar a cada una de las partes porciones iguales a sus cuotas respectivas e incluso atribuir a una sola de ellas todo el dominio, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada de reclamar de la beneficiada, la diferencia correspondiente.

La sentencia dictada por el Juez adjudicando a las partes la propiedad de una cosa producía el efecto de transferir efectivamente la propiedad quiritaria, pero sólo a condición de que el juicio respectivo se hubiese tramitado conforme al procedimiento establecido. En el caso de que el juicio se tramitase irregularmente, por ejemplo, fuera de Roma o entre ciudadanos y peregrinos, la adjudicatio del Juez no producía el efecto de transferir la propiedad quiritaria.

#### 4.3.6. LA LEY.

También se menciona entre los modos de adquirir la propiedad a la ley, resumiéndose bajo esta denominación general, todos aquellos casos en que por virtud de una disposición legislativa

va se obtiene una cosa con prescindencia de cualquier otro acto - jurídico. En las fuentes existen diversas situaciones en que -- una disposición legal transmite la propiedad de una cosa de pleno derecho a una persona distinta del presunto titular. Tal ocurre por ejemplo, en el caso del descubrimiento de un tesoro. Ya conocemos las reglas consagradas por el derecho romano para regular la adquisición de los tesoros en los casos de ser descubiertos en fundos ajenos. Este es un ejemplo suficientemente ilustrativo del modo como se puede adquirir la propiedad por disposición de la ley, sin necesidad de ningún otro acto jurídico.

#### 4.3.7. USUCAPION.

Se designaba con el nombre de usucapión al modo originario de adquisición de la propiedad regulado por el derecho civil, que se operaba a través de la posesión continuada de una cosa durante el tiempo determinado por la ley. Se trata de la institución que en la actualidad conocemos como prescripción adquisitiva, que fue conocida por los romanos desde los tiempos más remotos y denominada por ellos *usucapio* y *praescriptio longi temporis*, cuando se refería a una especie de prescripción adquisitiva.

Las fuentes nos definen a la usucapión diciendo que: "Es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley (*Usucapio est adiectio - dominii per continuationem possessionis temporis lego definiti*). (60) Usucapio proviene del vocablo latino *usus*, que significa usar una cosa y de la voz *capere*, que equivale a tomar o a apoderarse de algo. Ya la Ley de las XII Tablas prescribía que el estado posesorio (*usus*) continuado durante dos años cuando la cosa era inmueble o de un año si se trataba de cualquier otra cosa, otorgaba al poseedor los derechos de propiedad. Transcurridos aquellos plazos le-

(60) Dig. 41. 3. 3.

gales el poseedor, ya propietario, no necesitaba de la garantía de su antecesor jurídico en el caso de que un tercero pretendiera que la cosa le pertenecía.

La usucapión, modo de adquisición de la propiedad *juris civilis* en un principio estaba ligado a la garantía que el enajenante de una *res Mancipi* se veía obligado a prestar al adquirente de buena fe y que persistía hasta que, por el transcurso del tiempo establecido, la propiedad de este último llegara a ser *inatacable*. Tenía la función pues, de no dejar por largo tiempo incierto el dominio, en el caso de que la cosa hubiera sido vendida a *non dominio* o sin las formalidades prescritas por la ley.

Por la usucapión se adquiría la propiedad civil de las cosas o *dominium ex jure Quiritium*. Por lo que respecta a las -- personas, estaba limitada a los ciudadanos romanos, quienes podían adquirir la propiedad *Quiritaria* de las cosas poseídas en nombre propio y de buena fe y la de aquellas sobre las cuales ejercían una propiedad pretoria o *bonitaria*. El reconocimiento del derecho de usucapión en el segundo de estos casos tenía la finalidad de conregir la situación jurídica existente, transformando la *propiedad bonitaria* en *propiedad civil* o *Quiritaria*.

Fue admitida más adelante la *usucapio* también para las *res nec Mancipi* y para cualquier estado posesorio necesitado de protección jurídica, quedaron excluidos sin embargo, los *fundos provinciales*, no susceptibles de *propiedad Quiritaria*.

Los requisitos necesarios para que opere la usucapión son las siguientes:

- 1.- Que el sujeto tenga capacidad. Esta primera condición estuvo en vigencia especialmente en los tiempos en que la sociedad romana hacía distinción entre los ciudadanos y los *peregrinos*. De acuerdo -

con la regla consagrada en la Ley de las XII Tablas, los peregrinos no podían adquirir la propiedad por usucapión porque carecían o estaban privados del *ius commercium*.

- 2.- Que la cosa sea susceptible de ser adquirida por usu capión (*res habilis*), no eran cosas susceptibles de ser usucapiadas las *res extra commercium*; las cosas hurtadas (*res furtivae*) y las sustraídas por violencia (*vi possessae*); las cosas donadas a los magistrados en las provincias; los bienes del fisco, del príncipe y de las iglesias; los bienes dotales; las *res mancipi* enajenadas por la mujer sin la *auctoritas tutoris* y toda otra cosa respecto de la cual estuviera prohibida la enajenación.
- 3.- El justo Título (*titulus*), el requisito objetivo de la usucapión fue el título, llamado más propiamente *justa causa usucapionis*. Por *justa causa* o *justo título* se entiende todo acto jurídico válido en derecho que hubiera sido por sí mismo idóneo para hacer adquirir inmediatamente la propiedad pero que, por un defecto de forma, como la falta de la *mancipatio*, para transmitir una *res mancipio* o de fondo, como la adquisición a *non dominio*, que resulta cuando el transmitente no es propietario de la cosa que transmite, tan sólo legitima el comienzo de la posesión.

Entre las principales causas justificativas de la posesión, que se indicaban por lo partícula *pro*, se cuentan la *justa causa pro emptore*, que se manifiesta cuando se ha comprado una cosa a quien no es propietario; la *pro soluto*, supuesto en que se

ha dado en pago una cosa que no pertenece al deudor; la *pro donato*, en caso de haber donado una cosa por quien no fuera el propietario; la *pro dote*, cuando se han entregado en calidad de dote, bienes pertenecientes a otro; la *pro legato*, en el supuesto de haberse entregado la cosa de la que el testador era poseedor en ejecución de un legado de propiedad (*legatum per vindicationem*); la *pro derelicto*, en el caso de haberse ocupado una cosa abandonada (*res derelictae*) por quien no era propietario, si bien se comportaba como tal; y finalmente se denominaba *justo causu pro suo* la que — además, de comprender todas las nombradas, servía para indicar las no designadas con nombre de alguno propio.

- 4) Buena fe (*fides*), definida como "la creencia leal, — la honesta convicción de que no se lesionan intereses jurídicos ajenos al entrar en posesión de una cosa." (61)

De tal manera que el poseedor es de buena fe cuando cree haber recibido tradición del verdadero propietario, o al menos de una persona que tiene el poder y la capacidad de enajenar. La buena fe descansa — pues, sobre un error. Acerca de esto, son posibles dos clases de errores: se puede ignorar un hecho, o equivocarse sobre algún punto de derecho. Por ejemplo, después de haber comprado una cosa y haber recibido tradición de pupilo, sin la *auctoritas* del tutor, se puede uno creer propietario, o porque se ha engañado sobre su edad, creyéndolo púber; éste es el error de hecho; o por haber creído que el pupilo podía enajenar sus bienes sin la *auctoritas* del tutor: este es el error de derecho. En lo concerniente a la usucapión, es un principio cierto que el error de derecho no permite nunca usucapiar. el error de hecho

---

(61) ARGUELLO, LUIS RODOLFO. Ob. Cit. P. 209

sólo puede servir de base a la buena fe del poseedor y aún es necesario que no sea demasiado burdo.

En principio la buena fe es exigida, no desde el momento del acto jurídico que constituye la justa causa, sino solamente a partir de la entrada en posesión.

La persistencia de la buena fe durante todo el tiempo de la posesión no es necesaria para usucapir, porque la posesión exigida forma un todo único y es ya aparecida en su comienzo. Sin embargo, ciertos jurisconsultos de la época clásica parece ser que sólo admitían esta solución en el caso de que el poseedor es un adquirente a título gratuito, exigiendo entonces la continuación de la buena fe durante toda la duración del término requerido para la usucapión.

- 5.- Posesión prolongada durante el tiempo fijado por la ley, el fundamento de la usucapión es la posesión. El hecho positivo de la posesión es un elemento esencial y debe durar, ininterrumpidamente, todo el tiempo que la ley establece. Durante la época de la Ley de las XII Tablas, era suficiente la posesión de dos años, siendo inmuebles y de un año siendo muebles para adquirir la propiedad. Pero en la legislación de Justiniano estos plazos fueron modificados. Quedó establecido que la propiedad de las cosas muebles se adquiere por la posesión continuada de tres años, con las demás condiciones ya estudiadas. En cuanto a los inmuebles dispuso Justiniano que el tiempo necesario para adquirirlos en propiedad por usucapión debía de ser de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Si las personas residieran en la misma provincia sería suficiente la posesión de diez años y de veinte en el caso de



que se domiciliaran en distintas provincias.

La posesión, en la doctrina romana, debía ser continuada no interrumpida por un mes ni por un día. La interrupción de la posesión torna imposible la adquisición de la propiedad y ella puede sobrevenir naturalmente y civilmente. Es natural la interrupción que sobreviene como consecuencia de la pérdida de la aprehensión de la cosa por el sujeto. Si por abandono de ella o por cualquier otra causa se deja de poseer, se produce la interrupción natural. Por el contrario, si el poseedor es demandado por el propietario, tiene lugar la interrupción civil de la posesión. Es de hacer notar que en el derecho clásico sólo surtía efecto la interrupción natural, de modo que si un tercero ejercitaba contra el poseedor una acción de reivindicación, ésta no producía el efecto de interrumpir la posesión.

Las normas que acabamos de mencionar se cumplían rigurosamente. Sin embargo, había ocasiones que eran dejadas de lado a fin de favorecer a los sucesores a título universal del usucapiente. De acuerdo con las normas enunciadas, la muerte del usucapiente debería producir la interrupción de la posesión, lo mismo que cuando el usucapiente transmite su posesión a un causahabiente a título particular. Esta consecuencia lógica derivada de la aplicación de las normas generales vigentes fue considerada muy rigurosa por los romanos y para evitarles perjuicios que ello pudiera ocasionar la descartaron estableciendo que los sucesores a título universal podían sumar su posesión a la del poseedor anterior. Es la teoría de la unión de las posesiones. Desde muy temprano los romanos la admitieron expresamente a favor de los herederos, pero establecieron como condición que en el intervalo no hubiera sido interrumpida la posesión.

Esta derogación de la regla general constituye una verdadera anomalía que los jurisconsultos romanos debieron admitir, como Papiano. La explican como una prevencencia del antiguo ordenamiento en que el solo usu bastaba para adquirir la propiedad porque en el usu no había solución de continuidad.

Los herederos universales se favorecían con el régimen establecido con la única condición de que tomara posesión de las cosas antes de que un tercero se introdujera en ellas. La teoría predominante consideraba que en la hipótesis enunciada no había propiamente unión de posesiones, no había dos posesiones diferentes, desde el momento que el heredero continuaba simplemente en la posesión primitiva. Si el causante era poseedor de buena fe y a justo título nada importaba que el sucesor no reuniera tales condiciones porque no era más que el continuador del poseedor primitivo.

Con respecto a los sucesores a título particular (legatarios, donatarios, compradores, etc.) la teoría de la unión de las posesiones se aplicó en forma más restringida. En efecto, ella tenía lugar es decir, el sucesor podía sumar su posesión a la del causante sólo a condición de que en ambos concurrea la buena fe. En caso contrario, si solo uno de ellos es de buena fe, las posesiones se consideraban independientes una de otra y en tales condiciones, el que adquiere la posesión debe iniciar la suya para adquirirla. -- Tal es el régimen establecido en la legislación de Justiniano.

#### 4.3.8. LA LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO.

Dentro de las condiciones necesarias para la usucapión in dicamos precedentemente estas dos: que el sujeto sea capaz y que la cosa sea habilis, es decir, susceptible de ser adquirida por el transcurso del tiempo. De ello se infiere que los peregrinos, que no gozaban del ius commercium no podían usucapir; era un privilegio que correspondía exclusivamente a los ciudadanos; así mismo, que las cosas no romanas, como las tierras provinciales que no estaban investidas del ius italicum, no eran susceptibles de usucapión. Resultaba pues, la usucapión insuficiente para llenar las -

necesidades del momento. Con el objeto de salvar los inconvenientes derivados de esta situación el Pretor peregrino debió crear un instituto que favoreciera a los peregrinos. Al propio tiempo, -- los gobernadores de provincias confirmaron en sus edictos tal instituto extendiéndolo a las tierras provinciales.

La *longi temporis praescriptio* - tal es el nombre del -- instituto que creó el Pretor peregrino - es de origen incierto, aun que la mayoría de los autores sitúan su aparición en el siglo - - 111 D.C. La *longi temporis praescriptio*, no fue creada como un medio idóneo para adquirir la propiedad, porque tal posibilidad escapaba de la del Pretor y de los gobernadores de provincias. Fue -- instituida como medio de defensa que podía hacer valer el que se hallare en posesión de una cosa por largo tiempo frente a las perturbaciones de terceros realizadas con intención de despojo. Resulta así que la *longi temporis praescriptio*, por su origen, no -- apareció como un instituto de derecho sustantivo, del derecho de fondo, sino del derecho procesal.

Concebida la institución en sus orígenes como un medio de defensa, se ampliaron con posterioridad sus efectos transformándose en una prescripción adquisitiva, al igual que la usucapión. Las normas reguladoras de ambos institutos ofrecen muchas similitudes, pero dado su origen diverso se pueden señalar algunos rasgos disímiles. En primer lugar, los plazos son más amplios. Para la usucapión bastaba la posesión de un año para los muebles y de dos para los inmuebles. Para la *longi temporis praescriptio*, en cambio, se exigió posesión continuada de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Los textos clásicos no se refieren al justo título y buena fe como requisitos fundamentales para la prescripción en cuanto a sus efectos, primitivamente sólo sirvió como medio de defensa; apareció como una excepción que se utilizaba para detener la acción del antiguo propietario. Ya antes de Justiniano, la *longi temporis praescriptio* rebasó su marco estrictamente procesal para convertirse en un modo de adquirir el dominio, accesible a todos, -- ciudadanos o peregrinos.

A partir de este momento, que marca la asimilación de ambos institutos en cuanto a sus efectos fundamentales, la longi temporis praescriptio llegó a superar, incluso, las limitaciones del usucapión. En efecto, cuando se adquiría la propiedad por este medio, las cargas que afectaban a la cosa -servidumbres, hipotecas, etc.- quedaban subsistentes. En cambio adquiriéndose la cosa por la longa possessio que es el presupuesto esencial de la longi temporis praescriptio, la hipoteca quedaba extinguida, de modo que podía hacerse valer no solo para detener la acción de reivindicación intentada por el antiguo propietario, sino también la de cualquier persona que alegara derecho real sobre la cosa.

Finalmente diremos que Justiniano buscó unificar a la usucapión y a la praescriptio longi temporis; puesto que ya no había razón suficiente para mantenerlas separadas. En efecto al desaparecer la antigua distinción entre ciudadanos y peregrinos, los derechos de ciudadanía se habían extendido a todos los súbditos -- del Imperio, de modo que uno de los inconvenientes de la usucapión -- su limitación o accesibilidad a los ciudadanos exclusivamente -- ya no existía. Había desaparecido también la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, otro de los inconvenientes de la antigua usucapión. Justiniano, en mérito a estas consideraciones, asimiló hasta donde era posible hacerlo, las instituciones -- mencionadas, de modo que cuando se habla en su legislación de usucapión y prescripción se entiende que puede aplicarse la una como la otra a lo itálico y a lo provincial y por cualesquiera de los hombres libres Imperio.

Justiniano conservó, en general, los requisitos de justo título y buena fe para la usucapión. Amplió los plazos tres años para los muebles y para los inmuebles, diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

#### 4.4. MODOS DERIVATIVOS DE ADQUISICION.

Hemos manifestado al comenzar el estudio de los modos de adquirir la propiedad que se llaman *derivativos*, todos aquellos en los que la adquisición del dominio se produce por traslación de -- los derechos de un anterior propietario. Importan pues, auténticas sucesiones, ya que llevan implícito el cambio de titular de la relación jurídica. Sucesiones que pueden ser a título universal -- si tienen por objeto la totalidad de un patrimonio o a título singular cuando se transmiten determinados bienes materiales o inmateriales.

En esta parte estudiaremos los modos *derivativos* de adquisición de la propiedad, esto es, sucesiones particulares *inter vivos*, en las que el sujeto que adquiere la propiedad tiene que -- respetar los derechos reales establecidos sobre el objeto por su predecesor por aplicación de la regla de que nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene. Entre los modos *derivativos* de adquirir la propiedad encontramos los que han sido reconocidos por el derecho civil, como son la *mancipatio* y la *in iure cessio*; y uno ya consagrado por el derecho de gentes, la tradición (*traditio*).

##### 4.4.1. LA MANCIPATIO.

La *mancipatio* pertenecía a la categoría de los modos que Gayo llamó *jure civilis*; es probablemente el modo de enajenación más antiguo que se conoce ya que en la Ley de las XII Tabas aparece ya en tal carácter. La "*mancipatio*" se realizaba con arreglo a ciertas formalidades bastante complicadas; era uno de los modos --

llamados "*per aes et libram*" (por el bronce y la balanza). En el acto debían estar presentes las partes interesadas: vendedor y comprador, "*tradens*" y "*accipens*", cinco testigos, que debían ser ciudadanos romanos y púberes, y además, el "*libripens*", que sería probablemente, el funcionario comisionado por el Estado para actuar como pesador en una época en que aun no se conocía la moneda. Además, debía estar presente en el acto la cosa, que iba a ser objeto de la operación, en el caso de ser mueble. Cuando se trataba de cosa no susceptible de trasladarse de un lugar a otro bastaba que se llevara a presencia del "*libripens*" algo que lo representara. Se necesitaba una balanza y el comprador debía portar en la mano unos lingotes de metal para ofrecerlos al "*tradens*" como precio de la cosa. Al principio, la "*mancipatio*" se revestía de la forma de una verdadera operación de compra-venta mediante la aprehensión de la cosa por el comprador y el pago del precio, que se efectuaba en presencia del "*libripens*" y de los cinco testigos. La formalidad del pesaje del cobre era fundamental en los primeros tiempos, pero se convirtió más tarde en una formalidad sin mayor trascendencia toda vez que el precio era pagado con moneda ya.

Se requería, por último, un ceremonial minuciosamente establecido con indicación de las palabras solemnes que debían pronunciar los interesados. El "*accipens*" tomaba la cosa objeto de la operación, pronunciaba la fórmula sacramental, declarando solemnemente que la cosa era suya, que la había adquirido con aquel bronce y con aquella balanza; tocaba la balanza con el lingote que portaba en la mano y lo ofrecía al "*tradens*" como precio de la operación. Este ceremonial tuvo en el derecho antiguo un valor muy significativo, pero en el clásico era ya puramente simbólico en consonancia con la transformación que había experimentado el sistema monetario romano y la sustitución de la moneda pesada por la "*pecunia numerata*". A partir de esta reforma, que se atribuye a la Ley de las XII Tabas, la "*mancipatio*" surtió ya sus efectos con la sola pronunciación de las palabras solemnes prescritas y sin

necesidad de la pesada del metal.

El campo de aplicación de la "mancipatio" era muy amplio, comprendiéndose los siguientes actos:

- a) La transmisión o constitución de derechos reales.
- b) La constitución del "status familiae", la adopción, emancipación, "convenio in manum" por "coemptio".
- c) La venta del hijo.
- d) La constitución de la dote u otorgamiento de una donación.
- e) La enajenación de una cosa con el fin de garantizar la obligación -enajenación con fiducia-.
- f) Disposición testamentaria.

Las obligaciones emergentes de la "mancipatio" eran muy importantes para el "tradens". En efecto, éste debía garantizar al comprador la propiedad de la cosa vendida, debiendo responder del doble del valor en caso de que la cosa no fuera suya. Si el "mancipatio, agens" vendía una cosa ajena, el "accipiens" adquiría solamente el uso o la posesión, pero podía llegar a la propiedad por usucapión. Si mientras transcurriera el tiempo marcado por la ley para usucapir el verdadero propietario reclamaba la cosa por la vía de la reivindicación, el comprador debía requerir del enajenante toda la ayuda necesaria para defenderse del reivindicante. Si éste ganaba el litigio, o el mancipante se negaba a prestar ayuda al comprador, éste podía reclamar del vendedor el doble del precio pagado. La garantía prestada por el vendedor se llamaba "auctoritas" y la acción correspondiente "actio auctoritas".

Debía garantizar, asimismo, la extensión del fundo vendido. Si se comprobaba que el fundo tenía una extensión menor que la declarada por el vendedor, el comprador, por medio de la "actio de modo agri", podía reclamar el doble del valor de la medida que faltaba. Otra garantía que debía el vendedor era la relativa a la li-

bilidad del fundo. Si sucediera que, contrariamente a lo afirmado por el vendedor, el fundo estaba gravado por una servidumbre, el comprador, por medio de la "actio auctoritas", tenía derecho a reclamar el doble del valor de lo que para el fundo significaba la disminución.

La "mancipatio" producía, pues, el efecto de transmitir la propiedad al adquirente, y accesoriamente, creaba una serie de obligaciones a cargo del enajenante. Tales obligaciones son, en resumen; garantía: al adquirente contra los riesgos de la evicción, la extensión del fundo y su libertad, con las sanciones que hemos visto para los casos de incumplimiento.

#### 4.4.2. LA IURE CESSIO.

La "in iure cessio" es un modo derivado de adquirir la propiedad previsto por el derecho civil. Corresponde, al igual que la "mancipatio", a una época muy antigua. Tiene de común -- con aquella que constituye una ficción también, con la diferencia de que en la "mancipatio" la ficción es de venta, mientras que en la "in iure cessio" lo es de un proceso. En efecto, en la época clásica, el procedimiento prescripto para este modo de transmisión indicaba que el enajenante y el adquirente debían comparecer ante el magistrado (generalmente, el Tribunal del Pretor, en Roma), manifestando el primero que venía a reclamar una cosa que era suya. Si el enajenante no oponía ninguna objeción a la reclamación formulada por el adquirente -- que no la oponía porque -- previamente se habían puesto de acuerdo -- el Magistrado adjudicaba la propiedad de la cosa al adquirente. Se simulaba, como se observa, un proceso ficticio de reivindicación, en el cual el adquirente pronunciaba una fórmula sacramental, en forma solemne. Según Gayo, la fórmula consistía en lo siguiente:

"Hunc ego hominem meum esse aio ex Iure Quiritium" (Pretendo que



ésto me pertenece "ex Iure Quiritium"). Una vez pronunciada esta fórmula y en vista del asentimiento tácito del enajenante, el Magistrado hacia constar en acta la actitud del vendedor o transmitente y fallaba, finalmente, adjudicando la cosa en propiedad - al adquirente. La publicidad del acto se aseguraba con la intervención del Magistrado.

El ámbito de aplicación de la "in iure cessio" era más amplio que la "mancipatio" en cuanto era aplicable tanto a la -- "res mancipi" como a las "res mancipi". Podía utilizarse para la manumisión de un esclavo (la vindicta), para la transmisión de la vocación de un agnado a la sucesión "ab intestato", para la adopción, como también para la constitución de servidumbres urbanas y el usufructo.

El efecto de la "in iure cessio" era, al igual que la "mancipatio", transmitir inmediatamente la propiedad quirintiana, pero no generaba obligaciones a cargo del enajenante en el sentido de que no se originaban las acciones indicadas anteriormente: la "auctoritas" ni la "actio de modo agri". En consecuencia, si el adquirente era despojado de la cosa por un tercero no podía reclamar absolutamente nada del enajenante, ni aun en el caso de que el fundo no tuviera la extensión declarada. Esta carencia - de acciones, de garantía para el adquirente, se explicaba por el hecho de que con la "in iure cessio" reclamaba simplemente el adquirente una cosa que era suya, y en tal situación no podía tener ninguna acción personal que hacer valer contra el enajenante que se había limitado a devolver una cosa que no era suya.

La investigación realizada por los estudiosos para determinar la procedencia de los dos modos de adquirir examinados, había dado como resultado la tesis de que la "mancipatio" es anterior a la "in iure cessio" que corresponde a una época en que no existía propiamente Estado, sino apenas un esbozo; que la "in iure cessio", en cambio, supone ya la organización del Estado el funcionamiento de órganos permanentes, etc.

La tesis, compartida, al parecer por la mayoría de los jurisconsultos clásicos, ha suscitado algunas dudas últimamente, -llegándose a afirmar la contraria en base de las conclusiones extraídas de un cuidadoso examen de las fórmulas empleadas en uno y otro modo de adquirir. Los sostenedores de la teoría de que -la "in iure cessio" precedió a la "mancipatio" se fundan en que la fórmula empleada en la última es más complicada, lo que hace pensar en su aparición más tardía. A medida que la sociedad se complicaba, dicen, fue necesario prescindir de los magistrados -para la transferencia del dominio y hacerlo entre particulares, sustituyendo los magistrados por los testigos, como ocurre en la "mancipatio". La "mancipatio" se habría creado con posterioridad -a la "in iure cessio" porque resultaba mucho más cómodo ya que -eliminaba la obligación de concurrir ante el Pretor. Discurren que por esta misma causa se habría creado, al lado de la "manumissio vidicta", otros modos de manumisión en los cuales no era necesario el concurso de los magistrados. La tendencia a que respondió la creación de la "mancipatio" habría consistido en la --simplificación de los actos de transmisión del dominio, hacerlos más cómodos y ágiles. El mismo Gayo dice que en su época se usaba la "mancipatio" con preferencia a la "in iure cessio" porque no obligaba a las partes a comparecer ante el Magistrado, bastando la presencia de los testigos.

La tesis aceptada antiguamente ha hecho crisis, al parecer, por obra de los romanistas franceses, quienes, fundados -especialmente en los argumentos expuestos, sostienen que la "in iure cessio" es el más antiguo modo de adquirir de que se tiene noticia.

#### 4.4.3. LA TRADITIO.

La "traditio" es un modo derivado de adquirir la propiedad previsto por el Derecho de Gentes y accesible, no sólo a los ciudadanos romanos y peregrinos con "ius commercium", sino a todos, guzaran o no de este derecho.

Al examinar brevemente la historia de la "traditio" advertimos que ella no tuvo, en el derecho antiguo, más que un efecto accesorio; no producía el de transmitir la propiedad quiritaria. Todavía en el derecho clásico la "traditio" sólo hacía adquirir la propiedad bonitaria con relación a las "res mancipi". Es cierto que la adquisición realizada sin las formalidades de la "mancipatio" y la "in iure cessio" era protegida por el Pretor mediante el otorgamiento de acciones al adquirente de buena fé de una "res mancipi". Con la "exceptio doli" la "exceptio rei vindictae et traditae" y la "publicana in rem actio" ese adquirente podía defenderse contra el antiguo vendedor y conservar la cosa en su poder hasta que se cumpliera el tiempo marcado por la ley para llegar a la propiedad por la vía de la usucupción. Pero lo que debe remarcarse es que la sola "traditio" no hacía adquirir la propiedad quiritaria, de modo que su aplicación se refería específicamente a la posesión.

En el derecho de Justiniano fue abolida la distinción entre "res mancipi" y "res nec mancipi"; desaparecieron la propiedad quiritaria y la propiedad bonitaria como categorías o especies diferentes, y desde entonces la "traditio" se convirtió en el modo universal de adquirir.

La "traditio" presenta rasgos característicos que la diferencian notablemente de la "mancipatio" y de la "in iure cessio". En primer lugar, no está sometida a solemnidad alguna como condición para su validez; bastaba el elemento material de la entrega. Además, no es un modo del derecho civil, sino del derecho de gentes, y por tanto, podía utilizarse para la transmisión de la pro-

piedad a sujetos que no tenían, a tenor de las disposiciones del derecho antiguo, capacidad para ser titulares del derecho de propiedad quiritario.

Para que la entrega material que supone la "traditio" haga adquirir efectivamente la propiedad se requerían algunas -- condiciones. Estas eran, esencialmente, las siguientes:

- a) Que el "tradens" sea el propietario.
- b) Que el "tradens" efectúe la entrega de la posesión al adquirente.
- c) La "iusta causa traditionis".

La primera condición se explica fácilmente dado que nadie puede transmitir sobre una cosa más derechos que los que tienen propiamente sobre ella. "Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet". Es de observar, sin embargo, que en el derecho antiguo se admitieron algunas excepciones al principio en cuestión. En primer lugar, cabe mencionar la situación del acreedor pignoraticio que, en principio, sólo tenía el derecho de retener la cosa en tanto no le fuese pagado su crédito. Sin embargo, mediando un pacto especial, que estudiaremos oportunamente, le incumbía la facultad de enajenar la cosa pignorada toda vez -- que el deudor no cumpliera su obligación una vez vencido el plazo. En la misma situación de poder enajenar la cosa se encontraba el representante del propietario provisto de mandato especial. La tradición no es más que el resultado del desplazamiento voluntario de la posesión; de ahí que se admitiera la posibilidad de la enajenación válida por tradición mediante la actuación de un representante. También el Fisco y el Emperador, por virtud de un privilegio especial, podían enajenar válidamente aunque ellos no fueran propietarios, si bien en tales casos quedaba a salvo el derecho -- del verdadero dueño de reclamar una indemnización contra el enajenador en el término de cuatro años. Como se puede deducir de las consideraciones que anteceden, no se requería tanto la calidad de

propietario de una cosa para enajenarla válidamente como la facultad de transmitir el dominio de las cosas objeto de la operación.

Había situaciones en que verdaderos propietarios estaban incapacitados para enajenar, como los locos, los pródigos, los infantes, lo mismo que los sujetos a tutela sin la "auctoritas" - de su tutor. Se requería, igualmente, que la cosa estuviera libre de la prohibición de enajenación. Así, el marido no podía enajenar el fundo dotal aunque fuera propietario, ni el colono sus bienes ni los materiales incorporados a un edificio, etc.

La segunda condición era la entrega de la posesión de la cosa. Este es el elemento material de la tradición cuya exigencia fue suavizándose, con el tiempo, de modo que, a compás de la evolución psicológica y civil de la sociedad, se admitieron -- formas disimuladas de tradición. De esta manera, el requisito de la entrega de material -- en el derecho primitivo se requería que la cosa pasara efectivamente de la mano del "tradens" a la del "accipiens" siendo ella mueble, mientras que en el caso de inmueble el adquirente debía entrar en él -- perdió vigencia y se abrió paso una nueva forma de "traditio" en situaciones incluidas en la clasificación general de "traditio ficta". Los diversos casos de "traditio ficta" contemplados en las fuentes son: simbólica, -- "longa manu", "brevis manu" y constituto posesorio.

La tradición simbólica tenía lugar cuando, tratándose de la tradición de mercancías depositadas en un almacén, la entrega de las llaves del local equivalía a la entrega de las mercancías -- mismas.

En la "traditio longa manu" el requisito de la entrega -- se suplía con la mera indicación o señalamiento de la cosa y su -- puesta a disposición del adquirente.

La "traditio brevis manu" se producía en una situación especial: aquella en que el desplazamiento material de la cosa objeto de la tradición no se exteriorizaba. Por ejemplo, si una perso-

Al tenor de tales opiniones, la justa causa había consistido, en el derecho clásico, en un hecho concreto a través del cual se exteriorizaba la intención de las partes de enajenar y adquirir la propiedad. En la categoría de tales hechos concretos, capaces de revelar la voluntad recíproca del "tradens" y del "accipiens" incluíanse la venta, el legado, la donación, etc. Estos hechos debían preceder a la tradición o ser concomitantes. Esta opinión aparece confirmada por un texto del jurisconsulto Paulo, que sostuvo: "Jamás la sola tradición transfiere la propiedad; solamente la transfiere si una venta o cualquier justa causa ha precedido la tradición, causa en virtud de la cual se hace la tradición". En la época clásica, la justa causa era un hecho jurídico establecido por la ley -el legado, la donación, etc.- como causa de la tradición.

Con posteridad en el derecho bizantino apareció una nueva tendencia que al propio tiempo de hacer perder a la causa su primitivo valor, la transformó de un hecho concreto en una intención abstracta: de parte del adquirente la intención de hacerse dueño, y de parte del "tradens", la de desprenderse de la cosa. En estas condiciones, la inexistencia del hecho jurídico concreto que determinaba antiguamente la transferencia de la propiedad, no obstaba al cambio porque la sola intención recíproca de las partes tenía eficacia transmisora por sí sola.

En las fuentes se mencionan dos situaciones en las que la sola intención de las partes era suficiente para la tradición traslativa aunque existiera un error acerca de la existencia o la naturaleza del acto jurídico que habría constituido la justa causa. Supongamos que una persona esté persuadida de que debe una cosa en virtud de un contrato, que no existe verdaderamente. Procede a la entrega de la cosa creyendo cumplir la obligación contraída: pagar su deuda. Aquí no hay propiamente pago porque no existe obligación que cumplir, y como el pago constituye la justa causa de la tradición, no habiendo pago no se configura la justa causa. Al tenor del

del concepto antiguo de la justa causa, no habría tradición relativa de dominio porque faltaría el hecho concreto que constituye el fundamento mismo de la transferencia de la propiedad. Sin embargo, como la inexistencia del hecho jurídico no obsta al cambio de la propiedad, en el derecho bizantino la intención del "tradens" de enajenar y del "accipiens" de adquirir, existe y se considera suficiente para la transmisión de la propiedad por tradición. Si el "tradens" quisiera recuperar la cosa, tendría que reclamarla por la vía de una acción personal fundada en su error.

La segunda situación se plantea en la hipótesis del error sobre la naturaleza del hecho jurídico que constituiría la justa causa. Las soluciones dadas por Juliano y Ulpiano son antagónicas. Aquél dice que si se entrega una cosa siendo la voluntad del "tradens" de donarla y del "accipiens" de recibirla como préstamo se produce la transferencia de la propiedad no obstante la disparidad de intenciones de las partes. Esta opinión de Juliano no satisfizo enteramente a los jurisconsultos antiguos que reaccionaron contra ella considerándola extremadamente rigurosa. Especialmente Ulpiano la combatió y recomendó la conveniencia de examinar la intención de las partes. Es necesario el "animus adquirendi", que constituye una condición implícita del acto. Por lo tanto, si esta condición falta, no se produce la tradición traslativa del dominio.

Como puede observarse, el derecho romano no exigió en todos los casos la existencia del hecho jurídico que constituye la justa causa, siendo suficiente que al hecho de la entrega material de la cosa se una la intención respectiva de las partes de transmitir y adquirir la propiedad. Así, pues, existiendo el "animus adquirendi" en el "accipiens", y el "animus transferendi" en el "tradens", la tradición produce la transferencia de la propiedad, con prescindencia del hecho jurídico que pudiera servir de antecedente a la tradición.

## C A P I T U L O V

### DEFENSA DE LA PROPIEDAD

#### 5.1. LA REIVINDICATIO.

*Las acciones que creó el derecho romano para tutelar el derecho de propiedad son diversas y pueden ser agrupadas según - que sirvan para la defensa del dominio en sí mismo, directamente, como las acciones reales, o indirectamente, a través de los interdictos posesorios, por ejemplo. Estos interdictos posesorios sancionan la posesión, pero también tutelan la propiedad, de un modo indirecto. También cabe hacer mención de otros medios de - defensa indirecta, como fueron las acciones penales acordadas al propietario para los casos de delitos.*

*Entre las acciones reales, tiene especial importancia la rei vindicatio que el propietario quiritario podía hacer valer -- cuando un tercero, sin título alguno, le privaba de la posesión - de la cosa. Para la defensa de la propiedad bonitaria creó el derecho romano una "actio publiciana" y para los supuestos de perturbaciones capaces de provocar una disminución del goce de la -- propiedad se establecieron diversas acciones, como la negatoria, la prohibitoria, la "aquae pluviae arcendae", la "cautio damni infecti", la "operis novi munitio", la "finium regundorum", etc.*

*Examinaremos separadamente los diversos medios creados - por el derecho romano para la defensa de la propiedad.*



La acción que protege por excelencia la propiedad quiritaria fue la reivindicatio, de gran importancia por los efectos que produce. Esta acción era conferida al propietario civil que ha perdido la posesión contra el tercero que posee ilícitamente y su objetivo fundamental consiste en el reconocimiento de su derecho de propiedad y la restitución de la cosa, con más el resarcimiento de los daños ocasionados.

Antes de examinar la naturaleza procesal de la acción reivindicatoria y sus efectos, es preciso aclarar cuáles cosas son susceptibles de reivindicación, quien puede oponerla y contra quién.

¿Cuáles cosas son susceptibles de reivindicación? La acción reivindicatoria es la que protege por excelencia la propiedad quiritaria. En consecuencia, sólo podían ser objeto de reivindicación las cosas susceptibles de propiedad romana; los fundos provinciales, por tanto, estaban excluidos de la posibilidad de la reivindicación. En segundo lugar, la cosa debía ser corporeal, lo que significa que las cosas incorporales, un derecho de crédito, una servidumbre, por ejemplo, no podían ser objeto de reivindicación. Por último, la cosa debía tener una individualidad precisa. Por esta condición, en el antiguo derecho romano los rebaños no podían ser reivindicados en conjunto; el propietario debía intentar la reivindicación de cada cabeza del rebaño podía reclamarlo en conjunto. Se consideró que el rebaño, si bien formado por varias cabezas constituye una individualidad determinada que no varía, que permanece la misma a pesar de las disminuciones o aumentos que pueda experimentar.

La acción reivindicatoria compete al propietario quiritario que ha perdido la posesión. Debe alegarse, pues, el derecho de propiedad quiritaria, lo que equivale a decir que los peregrinos no podían valerse de esta acción. Decimos que la acción sólo podía ser intentada por el propietario no poseedor, -

porque, lógicamente, sólo se puede reivindicar lo que no se posee. Sin embargo, algunos autores puntualizan que en el antiguo procedimiento de las "legis actionis" cada una de las partes asumía el papel de demandante y de demandado a la vez. En las etapas posteriores del derecho procesal romano, el reivindicante, es decir, el demandante podía ser únicamente el propietario no poseedor, aunque es de subrayar que Justiniano autorizó en sus Institutas una excepción cuyo verdadero alcance ha sido materia de controversia. Puede un simple poseedor -esta palabra no debe tomarse en sentido técnico absoluto- intentar la reivindicación, un arrendatario contra el inquilino, por ejemplo. Los comentaristas de la legislación de Justiniano dan respuestas afirmativas a la interrogante planteada.

El demandado en la reivindicación es el poseedor, el tercero que sin título alguno, ilícitamente, posee. La palabra posesión no debe tomarse en este caso en sentido técnico, lo que significa que la reivindicación podía intentarla el propietario contra el simple tenedor.

Ahora bien: para tener éxito el propietario reivindicante en sus propósitos debía probar su derecho de propiedad. Naturalmente, la prueba de este derecho debía consistir en un justo título, prueba difícil de aportar, sobre todo cuando la propiedad ha sido adquirida por un modo derivativo. En atención precisamente, a las dificultades de la prueba del derecho en estas condiciones, la llamaban los romanos "probatio diabolica". Lo común era que el reivindicante acreditase una adquisición por usucapión, sea por sí mismo, sea por su causante.

Aclarados qué cosas podían ser objeto de reivindicación quién podía intentarla y contra quién, examinaremos la naturaleza procesal de la acción.

Históricamente, el proceso de defensa de la propiedad ha pasado por tres etapas, que corresponden a otros tantos momentos del derecho procesal romano. La primera forma de ejercicio de la acción reivindicatoria fue la "legis actio sacramenta in rem" correspondiente al primitivo procedimiento de las "legis actionis". Como todo el derecho primitivo, este procedimiento se caracterizaba por las formalidades que debían cumplirse estrictamente. Estas formalidades consistían en la comparecencia del demandante ante el Magistrado y la citación del demandado. La cosa en litigio debía estar presente, toda vez que se tratara de mueble. En el caso de que no fuera susceptible de trasladarse, era suficiente que se llevara a presencia del Magistrado alguna cosa que la representara simbólicamente, un terrón de tierra, una teja de la casa, por ejemplo. El procedimiento *in jure* -ante el Magistrado- comprendía la afirmación de sus derechos por las partes -ambas son pretendientes de la propiedad- y la formalización del "sacramenti", un juramento y una apuesta -que constituía el fundamento mismo de la acción. Con el cumplimiento de estas formalidades quedaba trabado el proceso y era necesario entonces organizar la segunda parte del procedimiento, que no se verificaba ya ante el Magistrado, sino ante el "iudex".

El juez que debía fallar en definitiva era nombrado, -al principio, inmediatamente después de cumplidas las formalidades indicadas; con posterioridad, se estableció que el procedimiento quedaba suspendido prometiendo comparecer las partes después de treinta días para proceder al nombramiento del árbitro. Entretanto debía regularse provisionalmente la suerte de la cosa litigiosa, por las mismas partes interesadas, si se ponían de acuerdo. En caso contrario, era el Magistrado el encargado de atribuir a una de las partes la cosa, al mismo tiempo que su uso o goce. Como había la posibilidad de que la parte favorecida -por la resolución del Magistrado perdiese el pleito era necesario proveer las medidas indispensables para asegurar el cumpli-

miento de su obligación de restituir la cosa y sus frutos. A este efecto se le obligaba a prestar una fianza para el caso de perder el "sacramentum".

Terminado el procedimiento "in iure", la cuestión era sometida a decisión del "iudex", quien consideraba las alegaciones de las partes, las pruebas aportadas y en base a ellas dictaba sentencia. Esta debía limitarse exclusivamente a una afirmación o a una negación. El fallo debía contener una sola declaración relativa a la apuesta y con él terminaba definitivamente la actuación del "iudex". Podían presentarse diversas situaciones: que el fallo fuese favorable al demandado; que lo fuese al demandante, etc. En la primera hipótesis, si el demandado había obtenido una resolución favorable del Magistrado en el sentido de quedar con la posesión interina de la cosa, no había problema ulterior alguno, pues él quedaba con la cosa. En la segunda, en cambio, el reivindicante debía iniciar un procedimiento especial para la ejecución del fallo del "iudex". En ninguna de las situaciones indicadas, el "iudex" podía intervenir, prorrogar su jurisdicción, pues su misión quedaba definitivamente terminada con el fallo dictado.

Ambas partes asumían en este procedimiento el papel de demandante y de demandado a la vez; ambas pronunciaban la misma fórmula cuyos términos esenciales eran: "Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio". La afirmación hecha en tales términos por el demandante se llamaba "vindicatio" y la del demandado "contravindicatio".

Descrito sumariamente el procedimiento que debía cumplirse en la "legis actio" quedaban perfectamente aclarados los inconvenientes que aparejaba su tramitación. Tales inconvenientes -la inmovilidad y el exagerado formalismo- tendieron a corregirse cuando se instituyó un nuevo sistema para el proceso

de propiedad. Se creó el procedimiento "per sponsionem" que -- constituyó un indudable avance en el derecho procesal romano. -- Se inspiraron sus creadores en el primitivo procedimiento de la "legis actio sacramentum in rem", pero corrigieron los vicios -- propios de este antiguo sistema, liberándolo del exceso de formalismo que si por una parte aseguraba una absoluta precisión -- de las pretensiones de las partes sin posibilidad alguna de interpretaciones dudosas, por la otra complicaba innecesariamente el procedimiento.

En el procedimiento "per sponsionem" se formalizaba también una apuesta entre las partes, pero ella no consistía en -- las dos promesas condicionales que se hacían en el antiguo sistema. Al contrario de la "legis actio", la promesa era una sola y -- más que el Estado se hacía la contraparte, con lo cual se iniciaba propiamente la instancia. De esta manera se simplificó el -- procedimiento y se hizo menos oneroso. Consistía básicamente en lo siguiente: el demandado prometía pagar al demandante actor -- una suma de dinero en el caso de probar él la legitimidad de su -- pretensión mediante las formalidades del contrato verbal llamado "sponsio". El demandante hacía una interrogación al demandado y éste contestaba "spondeo". Con esta respuesta, el demandado que daba sujeto a una obligación asistida de garantía: la de restituir la cosa con todos los frutos percibidos. Es de recalcar -- que la suma de dinero no era pagada al demandante, ya que teniendo un carácter simplemente prejudicial, su finalidad esencial -- era dar ocasión al litigio. La cuestión de fondo era examinada por el Juez como una modalidad accesorio, pues su misión principal consistía en determinar si el demandante podía o no probar -- su derecho. Lo importante era, pues que el demandante tuviera éxito en el proceso prejudicial porque sobre la base de este reco -- conocimiento indirecto descansaba la obligación de restituir.

Podían presentarse dos situaciones: Si el actor no prue

ba su derecho de propiedad el demandado continuará en posesión - de la cosa. Si acreditaba el derecho alegado, la cosa objeto de la reivindicación quedará regulada por la promesa. Nacía entonces la obligación de restituirla, pudiendo el demandante reclamar la cosa mediante la acción originada por el contrato de estipulación, y proceder contra la garantía. Si el demandado no cumplía voluntariamente la obligación de restituir, podía ser condenado a pagar el doble del valor de la cosa y a fin de evitar esta condena tan rigurosa lo normal y corriente era que restituyera.

El principal inconveniente del procedimiento "*per sponsionem*" consistía en que sólo por vías indirectas se podía llegar al objeto principal de la acción reivindicatoria, es decir la -- restitución de la cosa al propietario. Desde el momento que el Juez sólo debía examinar la apuesta y determinar si ésta estaba o no justificada; era preciso recurrir a un procedimiento indirecto para llenar los fines de la acción. No podía tampoco utilizarse en la resolución de problemas jurídicos difíciles o en la sustanciación de procesos complejos que requiriesen algún arbitrio del magistrado.

En la época clásica el procedimiento "*per sponsionem*" - fue sustituido por el "*per formulam petitoriam*", de mayor simplicidad. Quedaron suprimidas la "*sponsio*" y todas las solemnidades que complicaban innecesariamente el procedimiento. Es ya un juicio en el cual las partes asumen posiciones bien definidas: la del actor el reivindicante, y la de demandado el poseedor. A - aquél incumbe la carga de la prueba, sumamente difícil, sobre todo si la propiedad había sido adquirida por modo derivativo. En este caso era menester probar el derecho del causante, el del que le transmitió a éste y así sucesivamente hasta llegar al que la había adquirido por modo originario.

La situación del Juez es también diferente en el procedimiento "*per formulam petitoriam*", pues está investido de amplios - poderes que le permiten dirimir la cuestión en forma adecuada y - conforme a todos los elementos de juicio aportados por los litigantes.

**EFFECTOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.** Ya hemos dicho que los efectos principales de la acción reivindicatoria eran - el reconocimiento del derecho de propiedad del demandante y la consiguiente restitución de la cosa con todos sus accesorios. A propósito de los accesorios de la cosa que el demandado debía - restituir al demandante en el caso de tener éste éxito, un fragmento del jurista Gayo aclara:

"Es necesario que la "causa rei", sea restituida, es decir, que el demandante obtenga todo aquello que hubiera recibido si la - cosa se le hubiera devuelto en el momento en que se trabó el -- proceso".

Es de recalcar, empero, que el principio no se aplicaba de modo tan absoluto como enseña el nombrado jurista. El demandado tenía indudablemente la obligación de devolver al actor los frutos de la cosa, pero la responsabilidad que tenía en tal sentido se regulaba diversamente según que fuera de buena o mala fe.

En primer lugar, debe puntualizarse que si el poseedor era de buena fe solo respondía de los frutos percibidos después de la "litis contestatio". En cambio, el poseedor de mala fe - respondía de los frutos percibidos antes de este momento procesal. Esta es la regla que estuvo en vigencia en el derecho clásico. En la legislación de Justiniano se estableció que el poseedor de buena fe estaba obligado a restituir todos los frutos no consumidos, es decir, existentes, sin tener en cuenta el momento de la percepción, mientras que en el caso del poseedor de mala fe el reivindicante tenía derecho a hacerse restituir todos los frutos percibidos antes y después de la contestación del litigio.

En cuanto a los daños inferidos a la cosa, también se

hacía distinción entre el poseedor de buena y mala fe. Siendo de buena fe sólo estaba obligado a resarcir los daños ocasionados a la cosa después de la "litis contestatio". Si el poseedor era de mala fe respondía de los daños causados a la cosa - aún antes de la "litis contestatio", haciéndole igualmente responsable por los daños causados por caso fortuito. - Libérase de esta obligación solamente si demostraba que el propietario hubiera sufrido lo mismo el daño aun encontrándose él en posesión de la cosa.

Paralelamente a la responsabilidad del poseedor, reguló también el derecho romano las obligaciones del propietario reivindicante con respecto a los gastos hechos por el poseedor en la cosa. La jurisprudencia clásica estableció que solamente el poseedor de buena fe tenía derecho al resarcimiento de los gastos, resarcimiento que debía ser pleno e integral en el caso de tratarse de gastos necesarios. En la categoría de tales gastos necesarios se incluían todos los desembolsos hechos por el poseedor a los efectos de la conservación de la cosa, - lo mismo que para hacerla rendir sus posibilidades económicas. Respecto de los gastos útiles - que eran los efectuados para aumentar el valor de la cosa o la renta que producía - el poseedor de buena fe fue favorecido por un derecho de retención de la cosa, que podía hacer valer mientras no fueran satisfechos. Los gastos de lujo, en cambio, no daban al poseedor de buena fe -- ningún derecho a indemnización.

Estas reglas, vigentes en la época clásica, fueron modificadas por Justiniano en el sentido de acordar a todo poseedor, fuera de buena o mala fe, derecho al íntegro resarcimiento de los gastos necesarios. Inspirado en el principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro, Justiniano acordó también al poseedor de mala fe - lo mismo que al de buena fe - el "ius tollendi", es decir, el derecho de retirar las accessio



nes a condición de que con ello no se causara a la cosa algún daño y siempre que el propietario senegara a pagarlas en el mismo precio que el poseedor pudiera lograr. Igual derecho fue concedido - al poseedor de buena fe y mala fe respecto de los gastos de lujo.

## 5.2. LA ACTIO NEGATORIA.

La acción negatoria o negativa es la concedida al propietario para defenderse contra el tercero que pretende disminuir el derecho de uso o goce de la propiedad. Su ejercicio se enderezaba esencialmente a lograr el reconocimiento pleno del derecho de propiedad y consiguientemente a negar la existencia de un derecho de servidumbre o de usufructo sobre el fundo. El propietario busca, con esta acción, la declaración judicial de la inexistencia de tales gravámenes. Eventualmente, puede también reclamar el propietario del que pretende ejercer algunas facultades abusivas sobre la cosa una caución de "amplius non turbando" a fin de evitar nuevas perturbaciones de su derecho.

La acción negatoria era concedida al propietario contra cualquiera que pretendiera perturbar la libre disposición de la cosa mediante actos capaces de constituir un verdadero atentado a la plenitud del derecho de goce. El propietario debía probar su derecho e igualmente la lesión o daño causado por el demandado; no necesitaba probar la inexistencia del derecho alegado por la otra parte, pues la prueba del derecho de servidumbre o usufructo incumbía al que pretendía ser titular de él.

La sentencia judicial, en el caso de cumplir el demandante las exigencias correspondientes, debía ordenar la cesación de la perturbación y la restitución de las cosas al estado anterior -

al daño causado por el demandado. De ello resulta que cualquier daño que se hubiese ocasionado por causa del ejercicio abusivo - del gravamen pretendido por el demandado debía ser indemnizado - por éste. Además, podía ser eventualmente obligado a prestar -- promesa de no volver a causar nuevas molestias en el futuro medi ante la caución ya mencionada anteriormente.

### 5.3. LA ACTIO PROHIBITORIA.

La "actio prohibitoria". Encontramos también en las len tes romanas, entre las acciones acordadas al propietario, la "pro-hibitoria". Esta acción tuvo, en general, la misma finalidad que la negatoria. Su ejercicio, pues respondía al propósito de obtener el reconocimiento de la plenitud del derecho de propiedad frente a las perturbaciones intentadas por terceros. Dada esta similitud - de las acciones mencionadas, los romanistas se han dado a la tarea de buscar las razones que expliquen su existencia. Algunos aseguran que existen diferencias entre ellas desde el momento, dicen, - que con la "actio negatoria" se busca, esencialmente, negar el de-recho del tercero a disminuir la plenitud del dominio, mientras -- que con la "prohibitoria" se mantiene la prohibición al tercero de realizar actos de perturbación. Otros encuentran la diferencia en que la acción negatoria procede en aquellos casos en que la lesión o el daño se ha producido ya, en tanto que la "prohibitoria" conse-ponde ejercerla en situaciones en que resulta razonable pensar en la posibilidad de que se verifiquen tales actos. Lo cierto es, se petimos, que ambas acciones tutelan el derecho de propiedad contra los actos que constituyen un atentado al derecho de suce.

#### 5.4. LA PUBLICANA IN REM ACTIO.

Las acciones examinadas precedentemente fueron establecidas en el derecho romano para la eficaz protección de la propiedad quiritaria. De ello resulta que los propietarios bonitarios no podían utilizarlas para defender sus derechos, ni tampoco los adquirentes de buena fe de una cosa. Resultaban, pues, insuficientes aquellas acciones, a todas luces, porque no podían ser -- ejecutadas en situaciones merecedoras también de una protección -- jurídica eficaz.

Entre las situaciones en que no cabía la utilización de los medios creados por el derecho romano para la tutela de la propiedad corresponde hacer mención especialmente de las dos siguientes:

A) La del propietario bonitario.

B) La del adquirente de buena fe a "non dominio".

Si en estas situaciones se producía la pérdida de la posesión, los perjudicados se encontraban en la imposibilidad de reclamar por la vía de la reivindicación. A fin de obviar este grave inconveniente, un Pretor, de nombre Público, creó, en una fecha desconocida, una acción nueva que tomó su nombre del de su -- creador, y así se la conoce en las fuentes como "acción publiciana".

Como se deduce de lo ya expuesto, la acción publiciana, correspondía al propietario bonitario, es decir, al que ha adquirido una "res mancipi" por el modo natural de la tradición, y el adquirente de buena fe a "non dominio". Con esta acción, se trataba de favorecer, especialmente, a la persona que se hallare en vías de usucapir la cosa, pero que todavía no lo ha hecho y es --

privada de la posesión de la cosa. ¿Podía usarla el propietario - quiritario? Los romanistas responden a esta pregunta afirmativamente, fundados en que quien puede lo más -ejercer la acción reivindicatoria- puede lo menos. La acción publiciana favorecía al propietario quiritario desde el punto de vista de la prueba, toda vez que eludía las ingentes dificultades de la demostración del -derecho de propiedad requerida en la acción de reivindicación.

La acción publiciana se tramitaba por el mismo procedimiento de la reivindicación, con la única diferencia de que el --fundamento de aquella reposaba en una ficción: en la de que el -plazo necesario para la usucapión se había cumplido en beneficio de la persona que ejercitaba la acción. Por lo demás, el poseedor debía acreditar el cumplimiento de las demás condiciones. Si se trataba de un propietario bonitario debía demostrar que había adquirido la cosa por virtud de una tradición regular traslativa de dominio. En el caso del adquirente a "non dominio" estaba obligado a acreditar su buena fe y el justo título, requisitos ambos in dispensables para usucapir. En ambos casos, el demandante debía probar que estaba habilitado para usucapir, es decir, que era ciu dadano romano y que la cosa que trataba de adquirir era susceptible de adquisición por el transcurso del tiempo.

En principio, la acción publiciana se podía hacer valer contra cualquier persona, incluso el propietario quiritario, porque la excepción de "iusti domini" que éste podía oponer a la acción del propietario bonitario no siempre triunfaba. En efecto, según reglas vigentes, el propietario quiritario debía demostrar, para el éxito de la defensa opuesta, que también podía valerse de la acción reivindicatoria en caso de pérdida de la posesión, vale decir, se trataba de un medio de defensa correspondiente a la rei vindicación susceptible de paralizarse por el mismo modo. Para -comprender mejor la situación que podía plantearse en el caso men cionado, recuérdese que el adquirente de una "res mancipi" por -el modo natural de la tradición, podía repeler la reivindicación

intentada por el propietario mediante la "exceptio rei vinditae et traditae". Si el transmitente optara por intentar, como demandado, la "exceptio iusti dominii", el adquirente podía defenderse mediante una réplica "rei vinditae et traditae", paralizando aquella excepción y triunfando en la causa.

Siendo la acción publicana una reivindicación ficticia - se tramitaba por el mismo procedimiento, hemos dicho; con una sola diferencia- sus efectos son los mismos que los que producía la reivindicación. Se daba también la acción publiciana contra otro poseedor de que se hallara en igual situación. La solución del caso se presentaba, en estas condiciones, muy difícil. Se estableció que vencía en tal supuesto el que se hallara actualmente en posesión de la cosa. Si ambos poseedores habían adquirido la cosa de una misma persona, vencía el que primero obtuvo la tradición.

Estas son las principales acciones para la defensa de la propiedad. La reivindicación para la propiedad quiritaria, y la publiciana para la bonitaria.

## 5.5. LA REI VINDICATIO UTILIS.

La acción reivindicatoria fue concedida por el derecho romano en diversos casos para favorecer a determinadas personas. Se mencionan en las fuentes los casos en que cabía el ejercicio de la reivindicación con el carácter de "utilis". Entre ellos cabe mencionar los siguientes:

- a) Si un tutor adquiría cosas con dinero de su pupilo se convertía en dueño de ellas, pero aquél podía hacer valer la "*rei vindicatio utilis*".
- b) Los incrementos que experimentaban los fundos riberenos como consecuencia de la avulsión eran adquiridos por sus propietarios, pero el dueño del fundo mermado tenía a su favor la "*rei vindicatio utilis*".
- c) También la mujer podía hacer valer esta acción para reclamar la devolución de sus bienes dotales - una vez disuelto el matrimonio.

Se ha discutido mucho entre los romanistas el origen y fundamento de la "*rei vindicatio utilis*" y, en general, la conclusión es que ella apareció en la legislación justiniana probablemente como consecuencia de las transformaciones que había experimentado el derecho civil romano.

## 5.6. OTROS MEDIOS DE PROTECCION AL PROPIETARIO.

Con las acciones estudiadas hasta ahora no se agotaban todavía las posibilidades del propietario para defenderse contra los actos de terceros capaces de menoscabar su derecho. Las acciones que se citan a continuación eran personales en el sentido de que se podían dirigir solamente contra un determinado sujeto, contra el que realizaba el acto provocando un daño.

a) "ACTIO AQUAE ARCENTAE".

Esta acción, como ya lo indicamos en su oportunidad, correspondía al propietario de un fundo rústico para impedir la alteración del curso natural de las aguas pluviales, podía pedir la destrucción de tales obras. Esta acción no era acordada solamente al propietario del fundo inferior contra el del superior para el supuesto de la desviación del curso natural de las aguas. Podía darse también el caso de que el propietario del fundo inferior hiciera obras cuyo efecto fuese hacer refluir las aguas en el fundo superior. En esta hipótesis, - la acción era concedida igualmente al propietario perjudicado. En concreto, la "la actio aque pluviae arcentae" podía ser utilizada tanto por el - propietario del fundo inferior como por el del -- fundo superior contra todo acto que hiciese más -- gravoso para el vecino el curso natural de las -- aguas pluviales.

b) "CAUTIO DAMNI INFECTI".

Esta acción servía para la protección de la propiedad contra el daño inminente que amenazaba ocasionarle el fundo vecino. Supongamos que este fundo vecino se encuentre en tan malas condiciones que resulte razonable temer el derrumbamiento y el -- consiguiente perjuicio. En tal situación, digna de interés, indudablemente, el propietario del -- fundo amenazado podía iniciar ante el Pretor un -- procedimiento y requerir del vecino negligente la "cautio damni infecti", es decir una promesa de - renuncia los daños que amenazaban a su finca. La

promesa estaba asistida de cauciones, y si se producían los daños temidos por el actor, la reparación de los mismos resultaba fácil mediante la -- ejecución de la promesa.

Podía ocurrir que el demandado se negara a prestar la caución, ya directamente ante el Pretor, o indirectamente al no comparecer ante el Magistrado. -- En cualquiera de ambas hipótesis, el Pretor podía ordenar que el demandante fuera introducido en la posesión del fundo vecino. De persistir el reque- rido en su actitud y transcurrido un año, podía -- otorgarse al reclamante la posesión definitiva que estando basada en la buena fe, podía conducir a -- la adquisición de la propiedad por usucapión.

### C) LA "OPERIS NOVI NUNTIATIO".

En el caso de que la construcción realizada en un fundo resultase perjudicial para el vecino, el -- propietario de éste podía formalizar la denuncia de la obra -- que no debía estar concluida-- y demandar la suspensión de los trabajos. Ordenada la -- suspensión, el denunciante debía iniciar la acción correspondiente para acreditar el derecho alegado; en caso de no hacerlo, el demandado podía obtener del Magistrado la anulación de la orden de suspensión. Si el denunciado, a pesar de la prohibición decretada, continuara la obra, el propietario que se creía perjudicado por ella, tenía el "interdictum demolitionum" mediante cuyo ejercicio podía -- conseguirse la demolición de la obra.



d) LA "ACTIO FINIUM REGUNDORUM".

*Esta es la acción que correspondía ejercer en los casos en que los límites de los fundos estaban - confusos. Su ejercicio se enderezaba a lograr - la determinación precisa de los confines.*

## C A P I T U L O V I

### LA PROPIEDAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

#### 6.1. DEFINICION DE PROPIEDAD.

*Aplicando la definición del derecho real a la propiedad, diremos que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.*

*"Según el artículo 544 del Código Civil, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Esta definición tiene el mal de no señalar más que un sólo carácter de la propiedad, cuya exactitud misma, ni el de disposición de los propietarios son, realmente, absolutos; al contrario, implican numerosas restricciones. Pero la propiedad posee otro carácter esencial: es exclusiva, es decir, consiste en la atribución del goce de una cosa a una persona determinada, con exclusión de las demás. Debemos pues, preferir la definición siguiente:*

*"El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona".*

*En los casos de vecindad y colindancia el Código Civil impone obligaciones y concede derechos correlativos, entre los -*

vecinos y colindantes, determinándose así su<sub>2</sub>jetos pasivos especiales.

Comparemos el derecho real con la propiedad:

- 1º La propiedad es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata: todo derecho real también es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata.
- 2º En la propiedad este poder jurídico se ejerce sobre una cosa, es decir, sobre un bien corporeal. No hay propiedad sobre bienes incorporales.
- 3º El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente. En cambio los otros derechos reales sólo comprenden formas de aprovechamiento parcial.  
  
El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, que cuando jamás se ejecuten. Es decir, se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico.
- En los derechos reales distintos de la propiedad no encontramos esta característica de disposición total, excepto en el caso de los derechos de autor, en los que si hay aprovechamiento jurídico total, aunque sólo temporal.
- 4º El derecho de propiedad implica una relación jurídica

dica entre el propietario o sujeto, y un sujeto pasivo universal. Propiamente, el sujeto pasivo universal queda constituido por el conjunto de personas que de manera permanente o transitoria integran una comunidad jurídica, pues se requiere siempre un dato especial (proximidad material) para que exista la oponibilidad del derecho de propiedad a los terceros y la posibilidad física de su violación. No todos los habitantes del globo son, en realidad, los sujetos pasivos. Se requiere que formen parte de una comunidad determinada, aun instantáneamente (como el viajero), para que lo sean.

En cambio, en los derechos reales distintos de la propiedad, existe un sujeto pasivo determinado que reporta obligaciones patrimoniales, tanto de hacer como de no hacer, y un sujeto pasivo universal, en las mismas condiciones que en la propiedad, así que esta relación jurídica es más compleja.

## 6.2. CLASIFICACION DE LOS DIVERSOS MODOS DE ADQUISICION DE LA PROPIEDAD.

### LOS MEDIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.-

Pueden clasificarse desde distintos puntos de vista, en:

- a) *Adquisiciones a título universal y a título particular.*
  - b) *Adquisiciones primitivas y derivadas.*
  - c) *Adquisiciones a título oneroso y a título gratuito.*
- 
- a) *Adquisiciones a título universal y a título particular.-*

Se entiende por adquisición a título universal aquella por la cual se transfiere el patrimonio, como universalidad jurídica, o sea, como conjunto de derechos y obligaciones, constituyendo un activo y un pasivo.

La forma de adquisición a título universal reconocida por nuestro derecho es la herencia, ya sea legítima o testamentaria cuando en esta última se instituye legatarios, hay transmisión a título particular. En toda herencia legítima, llamada sucesión ab-intestato hay una transmisión a título universal porque únicamente se instituyen herederos.

La forma habitual de transmisión a título particular es el contrato. También en los legados hay transmisión a título particular, porque el legatario recibe bienes determinados.

Hay ocasiones en que toda la herencia se distribuye en legados de tal suerte que aun cuando el testador simplemente transmite bienes determinados a sus legatarios, el pasivo se reparte proporcionalmente entre esos legatarios, ya que no hay herederos responsables, y en estos casos el legatario se equipara al heredero.

En el contrato se trata de una transmisión a título particular, pues no se puede, en nuestro derecho, enajenar por contrato un patrimonio.

*b) Adquisiciones primitivas derivadas.-*

Por forma primitiva se entiende aquella en la cual la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona, de suerte que el adquirente de la misma no la recibe de un titular anterior, sino que ha permanecido sin dueño, siendo el primer ocupante de la misma.

Las formas primitivas de adquisición se presentan en la ocupación, que constituye históricamente el medio principal de adquirir la propiedad; y en la accesión, en algunas de sus formas.

La ocupación supone que el adquirente entra en posesión de bienes que no tienen dueño, y que ejerce esa posesión con el ánimo de adquirir el dominio, por lo cual no hay transmisión de un patrimonio a otro.

En cambio, las formas derivadas de transmisión del dominio supone una transmisión de un patrimonio a otro. La cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la transmite a otra, por lo cual se llama adquisición derivada. Estas formas derivadas de transmitir el dominio son las que tienen mayor trascendencia jurídica. El contrato, la herencia, la prescripción, la adjudicación, son las formas que implican siempre que pasa un bien de un patrimonio a otro.

*c) Adquisición a título oneroso y a título gratuito.*

En la primera, el adquirente paga un cierto valor en dinero, bienes o servicios, a cambio del bien que recibe, y como ejemplo tenemos los contratos onerosos: la compraventa, la permuta, la sociedad, en los cuales se transmite el dominio de una cosa a cambio de una contraprestación.

Hay contratos a título gratuito translativos del dominio, como la donación, en los cuales el adquirente recibe un bien sin tener que cubrir una contraprestación.

También las transmisiones a título gratuito pueden ser de carácter universal. La herencia, tanto testamentaria como legítima, implica una transmisión a título gratuito de un patrimonio integrado por el activo y el pasivo, cuando éste es igual a aquél, o superior, no hay propiamente una transferencia de valor.

En el legado existe una transmisión a título gratuito pero de carácter particular. El legatario recibe bienes determinados.

d) Además de estas tres formas de transmisión en atención a su naturaleza, puede hacerse otra clasificación en razón de la causa, distinguiendo de transmisiones por acto entre vivos y por causa de muerte.

Las transmisiones por acto entre vivos comprende el acto jurídico en general y, en especial el contrato. Las transmisiones por causa de muerte pueden revestir dos formas:

La herencia legítima y testamentaria, y la transmisión por legados.

Independientemente de estas formas de transmisión del dominio, conviene hacer también una distinción de formas especiales, que encajan en alguna o algunas de las clasificaciones ya enunciadas. Estas son el contrato, que es el medio fundamental y de mayor importancia en el derecho para transmitir el dominio; la herencia, la ley, la ocupación, la prescripción, la accesión, y la adjudicación.

*La propiedad por cosas muebles se adquiere:*

1. Por transmisión de la propiedad existente en virtud de negocio jurídico.  
(De ello se trata en los Artículos 66-69).
2. Por sucesión universal, especialmente por herencia, por comunidad de bienes.
3. Por usucapión.  
(Artículo N° 71).
4. Por apropiación de cosas nullius o ajenas.  
(Artículos 78-81).
5. Por unión, mezcla, especificación e incorporación a un inventario.  
(Cf. Artículos 72-765).
6. Por separación o toma de posesión en virtud de un derecho a adquirir partes integrantes de una cosa, especialmente frutos.  
(Cf. Artículo N° 77).
7. Por efecto del silencio de los propietarios de co



sas encontradas.

(Cf. Artículo 82).

O de cosas arrojadas por el mar a la playa.

8. Por hallazgo de tesoro.  
Infra. Artículo 831.
9. En ciertos casos, por subrogación real.  
(Árts. 979 ap. 2, 1.975 ap. 1, 1.219 ap. 2, 1.247, 1.287, 1.281, 1.382, 1.646 y otros).
10. Por acto del Estado.  
A esta categoría pertenecen, además del caso citado de adjudicación de los objetos arrojados por el mar (caso que corresponde también a esta rúbrica), la expropiación y el decumiso.

### 6.2.1. EL CONTRATO.

El contrato, como forma de transmisión a título particular puede ser oneroso o gratuito, de manera que encaja en las clasificaciones anteriores. En el derecho moderno y, principalmente, en el que deriva del Código Napoleón, el contrato es un medio eficaz para la transmisión del dominio por sí solo, respecto de cosas ciertas y determinadas; es decir, la propiedad se transfiere como consecuencia directa e inmediata del contrato, sin necesidad de recurrir a ninguna forma o solemnemente más, como ocurría en el derecho romano. Se distinguen los contratos --

traslativos del dominio, los cuales operan en forma inmediata - la transmisión de la propiedad, sin que sea necesaria la entrega de la cosa o traditio en el derecho romano.

Una larga evolución prepara este principio moderno que llega a formularse en el Código Napoleón en términos semejantes a la fórmula aceptada por nuestros ordenamientos, que dice así: En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la transmisión de la propiedad se opera por efectos directos e inmediatos del contrato, sin necesidad de tradición, ya sea natural o simbólica. (Artículo N° 2014).

Para llegar a este principio en el Código Napoleón, se opera una larga evolución desde los últimos tiempos del derecho romano y a través del antiguo derecho francés. En el derecho romano primitivo el contrato no era un medio de transmitir la propiedad por sí solo, sino que era menester recurrir a una forma especial que en los primeros tiempos fue la *mancipatio* y la *in jure cessio* y, posteriormente, la *traditio*, o compraventa, bajo la legislación romana, únicamente se transmitía por el simple -- contrato, la posesión de la cosa; el adquirente tenía derecho a exigir la posesión, pero no que se le transmitiera el dominio.

Era menester, por lo demás, que aparte del contrato se recurriera a la *mancipatio* o la *in jure cessio*, o bien a la *traditio*, en los últimos tiempos, para que la transmisión se operara. Pero dentro del derecho romano, al admitirse en primer lugar, la *traditio* para la transmisión de cierta clase de bienes y después, al reconocerse que ciertas formas virtuales o simbólicas de tradición equivalían a la entrega material de la cosa, se esboza ya en la época de Justiniano el principio que posteriormente se formulará en el Código Napoleón.

## ESPECIE DE TRADICION.

### *A. Doctrina.-*

Los romanistas y civilistas suelen clasificar las formas o especies de tradición, distinguiendo la real, la fingida (traditolomicta), la cuasi tradición y la tradición por ministerio de la ley.

#### *a) Tradición real.-*

Consiste en la entrega material de la cosa, si ésta es mueble, o en ciertos actos, también materiales, realizados por el adquirente a presencia y con beneplácito del transmitente (que suelen llamarse toma de posesión), cuando es inmueble.

#### *b) Tradición fingida.-*

Se da cuando la entrega de los bienes no es real o material, sino que consiste en ciertos hechos demostrativos de ella. Se le reconocen las cuatro variedades siguientes:

- 1º La tradición simbólica que se hace mediante la entrega de signos y cosas representativas de la que se transmite (como llaves, títulos, etc.)
- 2º La tradición longa manu, se efectúa por el señalamiento que se hace de la finca transmitida hallándose ésta a la vista.

- 3º La tradición *brevi manu*, que tiene lugar cuando - el adquirente de una cosa la tiene ya en su poder por virtud de otro título distinto, por ejemplo, el de arrendatario.
- 4º La tradición *constitutum possessionium*, que se ofrece en la hipótesis contraria a la anterior, de que - el dueño que enajena la cosa entre a poseerla en otro concepto, como arrendatario, depositario, etc.

c) *Quasi tradición.*-

Se llaman a la tradición aplicada a las cosas incorpóreas o derechos, como, por ejemplo, el de la servidumbre.

d) *Ministerio de la Ley.*-

Designan los tratadistas con esta frase todos aquellos casos que no están comprendidos en las especies anteriores y en que la tradición se efectúa por la sola virtud de un precepto legal.

Posteriormente, en el derecho consuetudinario francés - se acostumbró establecer en los contratos, principalmente en los que se hacían ante notario, bien la entrega simbólica o ficta y con esto cae en desuso la tradición material de la cosa. Por esto el Código Napoleón formula el principio ya enunciado, que corresponde a nuestro Artículo 2014 del Código Civil.

En el principio enunciado nuestro Código habla de "enajenación"

enajenaciones de cosas ciertas y determinadas". Conviene, pues, limitar su alcance. No es el contrato por si solo un medio eficaz para la transmisión del dominio para toda clase de bienes, sino únicamente para los individuales determinados. Para los que no están individualmente determinados rige el principio romano de la tradición real, simbólica o ficta.

Por esto el Artículo 2015 dice:

"En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

Para esto es necesario recurrir a la entrega material, que es el medio más perfecto para identificación de la cosa; o bien a la tradición ficta cuando el adquirente, sin recibir la cosa, manifiesta ya que la conoce, dándose por recibido; o por último, a la entrega simbólica, que también tiene los mismos efectos de la tradición real.

En el derecho alemán se sigue fundamentalmente la tradición romana, recurriéndose también al "constituto posesorio".

1. Transmisión por constituto posesorio (*constitutum possessorium*). Este modo de transmisión tiene de común con la entrega *brevi manu*, que la cosa no -- cambia de sitio, quedándose donde estaba antes de la transmisión: tratándose de entrega *brevi manu* queda en manos del adquirente, en el constituto -- posesorio queda en las del enajenante".

"Son dos los requisitos de la transmisión:

En primer lugar, el acuerdo entre propietario y adquirente sobre el traspaso de la propiedad; en segundo lugar, un convenio entre ellos sobre una relación jurídica en virtud de la cual el adquirente obtenga la posesión mediata. La retención de la cosa por el enajenante tiene, pues, que justificarse jurídicamente por la circunstancia de convertirse éste en mediador - posesorio del adquirente".

- 1º Ha de crearse una relación de mediación posesoria efectiva (constituto individualizado). La mera declaración de que en lo sucesivo el enajenante quiere poseer para el adquirente, sin pactar una relación de depósito, prenda, arrendamiento, etc. (constituto abstracto), no proporciona al adquirente la posesión mediata y, en consecuencia exactamente como en los derechos común y prusiano anterior tampoco la propiedad".
  
- 2º Sólo puede transmitirse por constituto el que tenga la posesión de la cosa. No hace falta que -- tenga la posesión inmediata, a pesar de decir el Artículo 930 que el constituto substituye a la "entrega", esto es, a la transmisión de la posesión inmediata. El constituto puede aplicarse también como sucedáneo de la posesión mediata y, por tanto, hasta que el enajenante sea poseedor mediato".
  
- 3º Es posible la transmisión por constituto, a condición o a plazo, de modo que la condición o el

*plazo se refiere a la vez a la transferencia de la propiedad y al contrato de arrendamiento, comodato, etc."*

## **6.2.2. LA PRESCRIPCIÓN.**

*Constituye otro medio de adquirir la propiedad. Su -- estudio lo haremos después; pero por ahora sólo indicaremos que es forma adquisitiva mediante la posesión en concepto de dueño, pacífica, continua, pública y por cierto tiempo.*

## **6.2.3. LA LEY.**

*Otro de los medios que indicamos es la ley. Esta es, en rigor, una causa que concurre con todas las formas de transmisión de la propiedad, de manera que es importante su fundamento si se toma en cuenta que la adquisición, la herencia, prescripción, ocupación, accesión, adjudicación, supone siempre la concurrencia de la ley, de manera que en rigor puede decirse -- que la propiedad se transmite por contrato y ley; por herencia y ley; por prescripción y ley, etc.*

*El papel que juega la ley como medio de transmitir -- la propiedad ha sido muy discutido. Su estudio se ha hecho a propósito del acto jurídico y de sus consecuencias; pero tiene un alcance más general. No sólo nos interesa saber hasta --*

que efectos (y entre ellos el adquirir y transmitir la propiedad), sino que también, si cuando se realiza un hecho o un acto jurídico, podemos determinar el papel o función que juega la ley: y como en todas las formas de transmisión de la propiedad encontramos, o un acto o un hecho jurídicos, concurren con la ley, convendrá entonces precisar el papel de la misma.

Bonnetcase ha sostenido que la ley establece una situación jurídica abstracta, es decir, que la norma es un cuadro o hipótesis general que prevee un conjunto de situaciones que vendrán a realizarse cuando se verifica un acto o un hecho jurídicos. La situación jurídica abstracta establecida en la ley, no produce con relación a determinada persona ningún efecto, sino que implica simplemente una posibilidad para el caso de que, -- aplicada la norma, se realice con respecto a ciertas personas -- determinados efectos; y la norma se aplica por medio del acto o del hecho jurídico.

El acto o el hecho jurídicos vienen a originar, entonces, situaciones jurídicas concretas que ponen en movimiento a la ley para aplicarla con respecto a determinada o determinadas personas.

#### 6.2.4. LA OCUPACION.

La ocupación es una forma de adquirir el dominio, de gran trascendencia en el origen de la propiedad y en el derecho



primitivo. Sociológicamente es, de todas las formas, la de mayor valor y más interés para la adquisición del dominio; pero desde el punto de vista jurídico, en el derecho moderno ha perdido su importancia. Según explicaremos después, se ha reservado como una forma para adquirir bienes muebles determinados. En materia de inmuebles, que es donde tuvo importancia histórica, ya no es un medio de adquisición en la actualidad.

Desde el punto de vista jurídico, la ocupación supone los siguientes requisitos:

- 1º La aprehensión o detentación de una cosa.
- 2º Ejecutar esta aprehensión en forma permanente y con ánimo de adquirir el dominio.
- 3º Recaer en cosas que no tengan dueño o cuya legitimidad procedencia se ignore.

Los dos primeros requisitos constituyen, en rigor, la posesión, por que ésta supone la detentación en forma permanente con el ánimo de adquirir la propiedad.

El tercer requisito es esencial para que haya ocupación pues ésta es una forma primitiva de adquirir la propiedad; no implica la transmisión de un patrimonio a otro, y además, supone que los bienes objetos de ocupación no han tenido dueño. Si lo tienen, la forma de adquirir será distinta (la prescripción, por ejemplo), y entonces se tendrá una posesión también, con el ánimo de adquirir la propiedad; pero esta posesión se fundará en el animus dominio en un justo título, es decir, en un título que se considere bastante para la transmisión del dominio, o que se

repute fundadamente suficiente. De manera que la prescripción, entonces supone que la cosa ha tenido y tiene dueño, y que el poseedor, fundado en un título de transmisión bastante o viciado tiene el ánimo de adquirir la propiedad mediante el transcurso de cierto tiempo y ejerciendo una posesión pacífica, continua y pública.

Sociológicamente la ocupación es el medio primordial de adquirir el dominio, principalmente en materia de bienes inmuebles. La sociología nos presenta como primeras formas de posesión de las tierras, la ocupación temporal que hacen las tribus de pastores, cazadores y pescadores; las tribus nómadas que tienen sólo la intención de apropiarse de los frutos de ciertas tierras, y de disfrutar de ellas en una forma temporal.

Cuando la propia sociología nos presenta la evolución de esas tribus nómadas, para llegar a sedentarias, encontramos que si hay una ocupación con los requisitos jurídicos, porque hay detentación permanente de un bien, con el ánimo de adquirir la propiedad del mismo.

Esta forma de adquirir la propiedad sólo tiene importancia en la actualidad respecto de bienes muebles. El Código Civil reglamenta cuatro formas de ocupación:

- 1ª Adquisición de un tesoro.
- 2ª Adquisición de animales por la caza.
- 3ª Adquisición de animales y otros productos por la pesca.
- 4ª Adquisición de determinadas aguas que no sean propiedad de la nación, mediante la captación de las mismas.

*En materia de inmuebles no existe en nuestro derecho posibilidad de adquirir por ocupación, porque se considera que pertenecen originalmente al Estado. Para los bienes vacantes hay un procedimiento especial de denuncia, a efecto de que sea el Ministerio Público el que ejerza la acción correspondiente y sean declarados bienes del fisco.*

#### **6.2.4.1. LA ADQUISICION DE TESOROS.**

*Se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas o bienes preciosos cuya legítima procedencia se ignora. En este último requisito (ignorancia de la legítima procedencia) se funda la ocupación, por cuanto se considera que estos bienes no tiene dueño, aun cuando en rigor lo hayan tenido; pero por ignorarse su procedencia, por existir una imposibilidad para - determinar quién fue el dueño, se reputan, para los efectos de la adquisición del dominio, como cosas sin dueño, y por eso un tesoro se adquiere por ocupación.*

*En los tesoros, la ocupación es una forma limitada - para adquirir el dominio, por considerarse que aun cuando se - ignore la procedencia, la cosa tuvo dueño. Los requisitos que enumera la ley son los siguientes:*

- 1° Que se trate de un depósito oculto, de manera -- que cualquiera depósito que no lo esté, podrá -- ser un bien mostrenco y estará sujeto a otra re*

glomenciación especial que ya vimos.

- 2° Debe ser un depósito oculto en dinero, alhajas o bienes preciosos. El bien mostrenco; en cambio puede referirse a toda clase de bienes muebles. Como depósito oculto, el tesoro generalmente se encuentra en los predios, en los inmuebles, tanto en terrenos como construcciones; pero puede existir un tesoro oculto en un bien mueble, como una embarcación abandonada.
  
- 3° Debe ignorarse la legítima procedencia de esos bienes. Si se conoce, aun cuando se trate de un depósito oculto de dinero, alhajas o bienes preciosos, se está en el simple caso de la propiedad de una cosa cuyo dueño la ha ocultado y puede justificar en cualquier momento su propiedad.

El tesoro nunca se reputa como fruto del bien en donde se encuentra. Esto tiene importancia desde dos puntos de vista:

- a) El tesoro no puede adquirirse por accesión, como se adquieren los frutos.
  
- b) El que tenga un derecho real o personal de uso o goce, no puede adquirir un tesoro si él no lo descubre, y si lo descubre tendrá el derecho de un simple tercero para la participación de que habla la ley.

*Cuando el dueño del predio o del bien donde se encuentre el tesoro es el que lo descubre, adquiere integralmente su propiedad. Cuando se encuentra en terrenos ajenos sean de propiedad particular o del dominio público, corresponderá la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del terreno o al Estado.*

*Cuando hay convenio para la ejecución de obras y localización del tesoro, se estará a lo dispuesto en el propio contrato para repartir el producto, y a falta de estipulación se aplicarán las normas legales, o sea la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño.*

*Si se ejecutan las obras sin consentimiento del dueño, el tesoro no pierde su calidad de tal, sino que es el descubridor quien pierde su derecho.*

#### **6.2.4.2. CAPTACION DE AGUAS.**

*Las aguas que pueden ser captadas para adquirir su dominio, no deben pertenecer ni a la nación ni a los particulares, porque entonces faltaría un requisito fundamental para adquirir por ocupación.*

*Sin embargo, la adquisición no es absoluta, pues si -*

la corriente atraviesa dos o más predios ésto es motivo suficiente para declararla de utilidad pública, imponiéndose las modalidades que dicta el interés de los distintos propietarios, y esas modalidades impiden el acaparamiento por aquel que ejecuta las obras de captación, para dejar sin agua a los demás predios.

En el Código Civil los Artículos 933 al 937 reglamentan esta forma de adquisición.

#### **6.2.4.3. ADQUISICION DE DETERMINADOS ANIMALES O BIENES POR MEDIO DE LA CAZA O DE LA PESCA.**

La caza y la pesca tienen una reglamentación tanto en el derecho civil como en el administrativo. En el civil, para determinar los requisitos de esta forma de ocupación, que es lo que nos interesa a nosotros; en el administrativo se establece una reglamentación para determinar las épocas y requisitos necesarios para el ejercicio del derecho de pesca y caza en terrenos de dominio público.

Desde el punto de vista del derecho civil, se aplica el principio mencionado para la ocupación de toda clase de bienes. Se necesita tener una posesión del animal o del bien para adquirir el dominio del mismo.

*Para tener la posesión por la caza o por la pesca es necesario capturar al animal de tal suerte que se le tenga preso en las redes o muera en el acto venatorio.*

*También en cuanto a la pesca se establecen los mismos principios para la adquisición o sea capturar al animal. Como las aguas pueden ser propiedad particular o del dominio público, se requiere, en las primeras, permiso especial del dueño, contrato, o derecho que conceda su uso y goce. Tratándose de aguas del dominio público, entonces se aplica la reglamentación administrativa que existe, como ocurre con las aguas del mar territorial. En el mar libre también ese derecho de pesca es libre. El Código Civil reglamenta la adquisición por caza y pesca en los Artículos 856 y 874.*

#### **6.2.5. LA ACCESION.**

*Esta es un medio de adquirir la propiedad mediante -- una extensión del dominio. Todo lo que se una o incorpora natural o artificialmente a una cosa, pertenece al dueño de ésta por virtud del derecho de accesión. Es, por tanto, un medio de adquirir la propiedad mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesión.*

*Hay dos principios fundamentales en esta materia:*

*1º Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.*

*2º Nadie puede enriquecerse sin causa, a costa de otro.*

*La accesión supone siempre dos cosas que llegan a unirse, mezclarse o confundirse. La adquisición de los frutos y productos supone por el contrario, una cosa que se reproduce o que se desintegra mediante un consumo parcial, para dar lugar a otra cosa.*

*Por este motivo en la doctrina se estudia la adquisición de frutos y productos como una consecuencia de la propiedad, como extensión natural de ese derecho, y en capítulo por separado se trata de la accesión como forma distinta.*

*En la accesión, el principal fundamento que nos permite determinar como se adquiere una cosa que se une o incorpora a otra, es, en estrictos términos, el de que lo cosa accesorio sigue la suerte de lo principal. Según los casos inonos determinando cuando en una unión o incorporación la cosa se reputa principal o accesorio.*

*El dueño de la principal adquiere, por la regla general, lo accesorio; pero como esta accesión no puede ser a costa de tercero, y como por otra parte no puede haber enriquecimiento sin causa en detrimento de otro, sige, por equidad, en este materia, un segundo principio que ya enunciarnos y, por lo tanto, en toda accesión o enriquecimiento, cuando hay buena fe en ambas partes, debe darse una compensación. El dueño de la cosa princi*



pal, al adquirir la accesorio, tiene que indemnizar el valor de ésta. Este principio no se aplica en los casos de mala fe y, por tanto, la buena o mala fe es de fundamental importancia para determinar los derechos de las partes en esta forma de adquirir el dominio.

No puede formularse un principio general para establecer la buena o mala fe, porque son muy diversos los medios de adquisición por accesión; pero sí puede establecerse que toda unión o incorporación hecha voluntariamente por una parte, con conocimiento de que una cosa es ajena, supone mala fe en otro. En cambio, el desconocimiento de esta circunstancia con la creencia fundada de que las cosas que se unen o incorporan pertenecen al que hace esa unión, hace presumir la buena fe y por tanto, para determinar su derecho se tomará en cuenta esta circunstancia para la indemnización.

Con estas reglas generales se pueden, en rigor, resolver todos los problemas que plantea el Código Civil, pues no son sino consecuencias de estos principios. En el Código, sin clasificarlas, se estudian estas diversas formas de accesión. En la doctrina se hacen diversas clasificaciones:

Se distingue la accesión natural y la artificial. La natural supone la unión o incorporación de cosas sin la intervención del hombre y, por tanto, no puede haber en ella buena o mala fe. En cambio, la artificial supone que la unión o incorporación se lleva a cabo por el hombre, y en ésta sí cabe determinar si hay buena o mala fe.

### 6.2.5.1. ACCESION NATURAL.

*Presenta las siguiente formas:*

- a) *Aluvión.*
- b) *Avulsión.*
- c) *Nacimiento de una isla.*
- d) *Mutación del cause de un río.*

*En la artificial se distingue si se trata de inmuebles o de muebles. En inmuebles se distinguen tres formas de ocesión artificial:*

*Edificación, plantación y siembra.*

*En materia de mueble, hay cuatro formas de ocesión artificial:*

*Incorporación, confusión, mezcla y especificación.*

#### *A) Aluvión.-*

*Es el acrecentamiento natural que sufren los predios colindantes a las riberas de los ríos, por el depósito paulatino de materiales que la corriente va formando en esas riberas. El propietario del predio adquiere por aluvión aquella -- fracción de tierra que va formándose por ese depósito de materiales arrastrados por el agua.*

## **B) Avulsión.-**

Se presenta cuando la corriente logra desprender una fracción reconocible de terreno y la lleva a un predio inferior o a la ribera opuesta; o cuando arranca árboles o casas.

Para adquirir estas fracciones de terreno así -- desprendidas, es necesario, primero, que transcurra cuando menos un plazo de dos años sin que el dueño las reclame y segundo que al vencer ese plazo el dueño del predio beneficiado ejerza actos de posesión sobre esas fracciones. Tratándose de árboles o de cosas, se establece un plazo de dos meses.

De esta suerte, en este caso de aluvión se combinan los principios de la prescripción negativa y de la posesión.

## **C) Nacimiento de una isla.-**

Esta puede ocurrir en tres hipótesis:

1ª La isla se forma por aluvión, es decir, por el depósito que se hace en el cauce del río, de materiales que llegan a construir una fracción de terreno rodeada de agua.

2ª La isla se forma por aluvión, es decir, cuando la corriente arranca una fracción de terreno de un predio y queda situada en medio del cauce.

3ª Puede abaisarse la corriente del río en dos -- brazos o ramales, de suerte que queda una porción de terreno -- rodeada de agua.

En estos tres casos es necesario determinar a quién

*pertenece la isla formada, y los principios que regulan la accesión no resuelven el problema, pues en verdad no se trata de la unión de dos cosas pertenecientes a distintos dueños para constituir una nueva especie. En efecto, se distinguen los siguientes casos:*

- 1º Si la isla se forma en aguas propiedad de la nación, pertenece al Estado, cualquiera que sea el procedimiento.*
- 2º Si se forma en aguas de propiedad particular es preciso distinguir según sea el procedimiento de formación de la isla: si se formó por aluvión se aplican simbólicamente los principios de esta forma y se considera que los propietarios de los predios colindantes tienen derecho a la porción de la isla que queda en medio del cauce.*

*Si la isla se formó por avulsión el propietario del predio que ha sufrido el desprendimiento puede, durante el plazo de dos años, ejercitar actos de posesión de aquella isla que está en aguas que son objeto de propiedad particular el propietario tiene en cualquier momento expedito su derecho para poder recuperar aquella fracción de terreno; pero si el propietario del predio colindante, que es el único que puede beneficiarse por la avulsión ejecuta actos de posesión sobre esas fracciones de terreno, cabrán dos soluciones que tampoco establece el Código Civil.*

*Una de ellas sería otorgar el dominio pleno*

sobre la isla al propietario del predio colindante que ha ejecutado actos de posesión después de transcurrido el término de dos años de abandonada la isla. La otra será combinar el principio del caso anterior para trazar una línea divisoria imaginaria a la mitad del álveo, y atribuir el dominio - por virtud de la posesión que ejerza el propietario del predio colindante sólo en aquella fracción que le corresponda por virtud de la división de la línea, y reservar al propietario de la fracción desprendida el derecho que tiene sobre la otra parte. En ambos casos existen razones para fundar una y otra solución.

- 3º Por último, la isla puede formarse cuando - la corriente del río se abre en dos brazos o ramales, rodeando una porción de tierra - que originariamente no estaba ocupada por - el agua.

Esta porción de tierra que constituye la isla pertenecerá al dueño del predio inundado; perderá las tierras que quedan ocupadas en forma permanente por el río, si se trata de aguas nacionales, pues si son propiedad, -- particular, el dueño de la tierra ocupada - seguirá manteniendo su dominio.

#### **Mutuación de cauce.-**

En este caso también es preciso distinguir si la corriente es nacional o de propiedad particular. Si es de la na

ción, el cauce abandonado sigue siendo propiedad de la nación, y el que se ocupe también lo será.

Si es propiedad particular, el cauce abandonado pertenecerá al dueño del mismo predio, que simplemente ve restringida su posesión por la inundación o cambio de corriente; pero puede ejercer sobre esas aguas que están dentro de su predio el dominio dentro de las posibilidades físicas que existan. A esto se refieren los Arts. 908 al 915 del Código Civil.

## 2. *Accesión artificial.*-

La *accesión artificial* se presenta en materia de inmuebles y muebles. Respecto a inmuebles tiene tres formas:

*edificación*  
*plantación*  
*siembra*

Estos tres casos de *accesión artificial* supone, que se edifica, siembra o planta en terreno propio con materiales, semillas o plantas ajenas, o bien que se edifica, planta o siembra con elementos propios en terreno ajeno; o, finalmente, que un tercero lo hace en predio ajeno y con materiales de otro. En todo caso, se considera principal el terreno y accesoria la construcción, plantación o siembra.

Por tanto, como principio fundamental habrá de establecerse que el dueño del predio adquirirá la *edificación, plantación o siembra*; pero como puede mediar buena o mala fe, el derecho de indemnizar o de no indemnizar quedará supeditado a esta circunstancia. Se entiende que hay buena fe cuando una *edificación se hace en terreno propio con materiales ajenos, ignorándos-*

se que los materiales lo son, y lo mismo puede decirse para la siembra y plantación.

Por el contrario, se presume mala fe cuando lo edificado en terreno propio se hace sabiendo el dueño que los materiales son ajenos. Cuando se edifica en terreno ajeno con materiales propios, habrá buena fe si se desconoce la propiedad ajena y fundadamente se cree que el terreno es propio, y eso puede ocurrir en los casos en que hay dificultad para fijar límites; y habrá mala fe cuando se edifica con materiales propios a sabiendas de que el terreno es ajeno. El Código Civil consagra un principio (Art. 965), que se funda en una doble presunción *juris tantum*, -- consistente en reputar que si un tercero hace la construcción, -- plantación o siembra, lo hará en nombre y por cuenta del propietario, de manera que se considera que esa obra ha sido costeada por el dueño. Habrá que destruir mediante prueba expresa en contrario las dos presunciones justificando:

- 1ª Que se ejecutó por un tercero en nombre propio.
- 2ª Que lo hizo no por cuenta del dueño, sino -- costeando de su peculio la obra, plantación o siembra.

## 6.2. LA INCORPORACION Y MEZCLA.

Existe incorporación cuando dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños se unen por voluntad de éstos, por casualidad o por voluntad de uno de ellos.

El Código Civil estudia los casos de mezcla y de -

confusión a la vez. La mezcla se refiere a sólidos y la confusión a líquidos.

Los artículos 925 a 928 del Código Civil vigente, regulan las formas de adquirir por incorporación, mezcla y confusión.

La especificación consiste en dar forma a una materia ajena, o sea, en transformar por el trabajo esa materia. - La nueva especie formada por virtud de ese trabajo, ¿a quién pertenece? ; Al dueño de la materia o a aquel que le dio la forma? El derecho nuevamente aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y dice que la materia se considera principal cuando el mérito artístico sea inferior al valor de la misma, y viceversa, que el trabajo se reputará principal cuando el mérito artístico sea superior al valor de la materia. Pero también es necesario distinguir, según se proceda de buena o de mala fe.

Si se procede de mala fe por el especificador, no importa que el mérito artístico sea superior al valor de la materia: el dueño de ésta adquiere la nueva especie y tiene derecho de exigirle daños y perjuicios, o bien, si prefiere, puede exigir la materia empleada entregándose una equivalente o el precio señalado por peritos.



## 6.2.6. LA ADJUDICACION.

*Esta, en rigor, no es una forma atributiva de dominio, sino simplemente declarativa. Por virtud de la adjudicación el juez simplemente declara que con anterioridad una persona ha adquirido el dominio de una cosa. Por ésto la adjudicación no tiene efecto atributivo, sino sólo declarativo. Ocurre principalmente en los siguientes casos:*

### 1- Herencia.-

*Los herederos adquieren el dominio y posesión de los bienes desde el momento de la muerte del autor de la sucesión. Es por tanto, la herencia - el medio de adquirir el dominio; pero tramitado el juicio sucesorio, una vez que se llega a la - partición y división de los bienes, el juez adjudica cosas determinadas o partes alícuotas, determinando la proporción que corresponda a los herederos.*

### 2º Venta judicial y remate.-

*Cuando se pide por el acreedor la adjudicación - de los bienes objeto de la subasta, debido a que no se presentan postores, el juez dicta una resolución adjudicando esos bienes.*

*También aquí la adjudicación judicial tiene efecto de clarativo y no atributivo. El ejecutante ha adquirido el dominio en la subasta pública al ofrecer un precio por los bienes rematados; existe una adquisición de carácter judicial y en el momento de la almoneda se realiza con modalidades especiales, por cuanto se lleva a cabo sin contar la voluntad del ejecutado. Funda-*

mentalmente hay una adquisición (no un contrato de compraventa) que hace el ejecutante pagando un precio que puede ser en dinero o por el importe de su crédito, base del juicio.

En el remate es un tercero quien adquiere, pagando un precio en dinero. En ambos casos se trata de un acto jurídico - mixto porque intervienen un particular y un órgano del Estado.

### 6.3. EXTENSION DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Estudiaremos sobre que clase de bienes se extiende el derecho de propiedad, cual es su alcance natural y cuál el que - por vía de accesión puede originarse.

- a) En lo relativo a la extensión y límites del derecho de propiedad es necesario hacer una distinción que comprende, por una parte, lo que podríamos llamar su consecuencia natural, que es un dominio sobre los frutos y productos, y tratándose de inmuebles sobre el subsuelo y el espacio aéreo; por otra parte, lo que es una consecuencia del dominio por vía de accesión.

b) *Frutos.*-

En el estudio de los frutos y productos es una - consecuencia natural del derecho de propiedad y, por tanto, no debe referirse a la adquisición del dominio por accesión, como impropriamente dice el Código Civil. Los frutos y productos no se ad-

quieren por accesión, pues no hay unión o incorporación de cosas para constituir una nueva especie. Se adquieren como consecuencia necesaria del dominio, que en uno de sus elementos (el jus fruendi) permite a su titular adueñarse de todo aquello que la cosa produce en forma natural o artificial, es decir, sin la intervención del hombre o con ella.

Los frutos son manifestaciones constantes, naturales o artificiales de una cosa, que no alteran la forma o substancia de ésta, y de tal manera que sin desintegración, sin merma, la cosa se reproduce y la adquisición de estos bienes no implica el ejercicio del jus abutendi, en cuanto a la alteración o consumo del bien, sino sólo una consecuencia del jus fruendi o goce de la cosa, sino el goce de ella, adquiere los frutos, puede comerciar con ellos, enajenarlos, sin que ésto implique actos de dominio con relación a la cosa principal.

Indiscutiblemente la apropiación de los frutos, y su disposición, constituyen un acto de goce, que no implica alteraciones o mermas del bien que los produce. Se trata de manifestaciones constantes, periódica, regulares, bien sea en los frutos naturales que pueden ser las producciones espontáneas de la tierra o las crías de los animales; bien en los frutos industriales, que implican la intervención del hombre y que se obtienen merced al cultivo o trabajo y en donde es posible establecer una regularidad; o en los frutos civiles que son aquellos que se obtienen por contrato o acto jurídico, como rentas de inmuebles, alquileres de muebles, intereses capitales.

Los productos, por el contrario, si implican una alteración en la forma y substancia de la cosa, no son manifestaciones regulares, sino irregulares; e implican una desintegra-

*ción que puede ser en forma paulatina; pero de tal manera que - constituyen verdaderos actos de dominio en cuanto al bien mismo.*

*En su oportunidad, al estudiar el usufructo, hablaremos de una forma especial sobre montes, minas, canteras, que implica apropiación ya no de frutos, sino de productos, y que contraría la naturaleza ordinaria del usufructo suponiendo una alteración y merma en la cosa al constituir verdaderos actos de dominio y no de goce.*

*En el Código Civil se hace la clasificación de los -- frutos sin referirse a los productos. Esta clasificación distingue frutos civiles, naturales e industriales. Tiene importancia no sólo desde el punto de vista del derecho de propiedad, para - determinar sobre que bienes se extiende el dominio, sino en cuanto a la posesión. Ya en su oportunidad veremos que el poseedor de una buena fe hace suyos los frutos, y que el de mala fe, por regla general, no los adquiere.*

#### *c) Subsuelo y espacio aéreo.-*

*En materia de bienes inmuebles el derecho de propiedad se extiende no sólo sobre los frutos y -- productos de la cosa, sino también sobre el subsuelo y el espacio aéreo.*

*Independientemente de las limitaciones que en cada - legislación se imponen desde un punto de vista administrativo - para reconocer en favor del Estado el dominio sobre ciertos metales y metaloides y en general sobre toda clase de minerales y de los componentes que no sean los normales del terreno el derecho civil crea restricciones que son ya consecuencia del concepto moderno de la propiedad. En el Código Civil vigente se -*

considera que aunque se tiene la propiedad sobre el subsuelo con las limitaciones que fija el Art. 27 constitucional y las leyes mineras, no puede ejercerse este derecho en forma libre, como de cía la legislación anterior, permitiendo la ejecución de toda -- clase de obras o excavaciones.

1. "La propiedad inmobiliaria no está limitada en su dirección vertical hacia arriba y hacia abajo, y se extiende al espacio de encima y de debajo de la superficie. Sin embargo, la falta de límite afecta únicamente al núcleo positivo de la propiedad, es decir, al libre arbitrio de la propiedad. En cambio, su derecho a excluir las intromisiones de los demás (núcleo negativo), está limitado por su interés en la exclusión, o sea que el propietario debe tolerar las influencias de otros sobre la cosa que hayan de practicarse a tal altura o a tal profundidad, que no tenga para el interés el prohibirlas".

En el código actual el propietario del subsuelo, ya no puede hacer toda clase de excavaciones o de obras sin tomar las precauciones necesarias para evitar perjuicios al vecino, debiendo ejecutar las obras de consolidación que la técnica aconseja para no afectar la estabilidad de los predios contiguos.

En el mismo título de propiedad, además de estas limitaciones se prescribe que no es lícito ejercer el derecho de propiedad de manera que sólo cause daño a tercero sin utilidad para el propietario, limitación que también es aplicable al uso del subsuelo. En cambio, el código de 1884, así como el de 1870 re-

conocían un derecho ilimitado sobre el subsuelo, y sólo establecían las restricciones propias de la legislación minera y las - relativas a las servidumbres.

Además de esta limitación de carácter civil por lo que se refiere al subsuelo, el Art. 27 constitucional dispone que todos aquellos minerales o sustancias que constituyan depósitos - de naturaleza distinta de los componentes normales del terreno, pertenecen a la nación.

La nación tendrá un dominio directo que se considera inalienable e imprescriptible, y los particulares sólo podrán - explotar esos bienes mediante concesión. Pero en aquellos lugares en que el subsuelo no esté integrado por esos componentes, el propietario del suelo es dueño del subsuelo y podrá con las limitaciones que fije el Código Civil, aprovecharse de éste, -- practicando obras o excavaciones y enajenando las mismas partes del subsuelo, como ocurren en las explotaciones de minas de arena, canteras, etc.

En cuanto al espacio aéreo, se había reconocido tradicionalmente el dominio absoluto del dueño del suelo en la zona espacial correspondiente sin que hubiera interés en limitarlo.

En la actualidad, con motivo de la navegación aérea se presentó ya el problema desde el punto de vista de derecho - administrativo y del civil, para imponer limitaciones en el dominio sobre el espacio aéreo.

"Una primera teoría dice que el espacio aéreo y el - subsuelo son cosas comunes, porque no son susceptibles de apropiación: no cabe respecto de ellas el corpus, no se puede tomar posesión del espacio ni del centro de la tierra (Valver del). -

*Pero esta teoría no resuelve por completo la dificultad. La -- inapropiabilidad sólo puede predicarse de las capas superiores del espacio y de las inferiores del subsuelo. Las más próximas del suelo y del subsuelo no sólo son apropiables, sino que tienen que ser utilizadas por el propietario del suelo para la explotación de éste.*

*Otra teoría, iniciada por Ghearing y dominante en la doctrina actual, logra con más fortuna determinar los límites -- del derecho de propiedad en cuanto a lo que está sobre el suelo y debajo del mismo, tomando por guía la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo puede ofrecer al propietario. -- El derecho de propiedad no es en sí un señorio absoluto. Su ex -- tensión tiene por medida sus fines, y el fin es garantizar el -- ejercicio de la actividad económica. Los límites de la propiedad son, pues, las exigencias, el interés económico de su titular. La fórmula que se deduce de esta concepción es que el dominio del suelo se extiende por el espacio y por el subsuelo -- hasta donde sea requerido por el interés del propietario en relación al uso que se pueda hacer del fondo de que se trate en -- las condiciones actuales del arte y de la industria humana.*

*De aquí que no pueda prohibirse por el propietario -- que un aeróstato o un aeroplano atraviere la región aérea que -- se levanta sobre su finca o que se abra un túnel en la montaña donde radica su fundo.*

*Los Códigos Civiles más recientes han dado ya consagración a esta teoría.*

*Nuestro Código enuncia, en el Art. 850, el principio de que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, --*

plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y - -  
aguas.

En un principio se imaginó la posibilidad de fijar zonas, como ocurre con el mar, y así como se habla de mar territorial y de mar libre, se pensó en la posibilidad de señalar una zona inmediata sobre la que ejercería el propietario del suelo un - derecho absoluto tomando como límite de esta zona el que teóricamente pudiera aprovecharse en las construcciones más altas; pero no había un criterio fuera de la misma arquitectura o ingeniería para fijar este límite máximo de la construcción.

Una zona siguiente, sería aquella en que se reconocería el imperio del Estado, reglamentada de acuerdo con los intereses generales de la navegación aérea. Por último, se pensó en una zona libre en la que, como en el mar libre, ya no había el imperio del Estado.

Esta clasificación se desechó por arbitraria, dada la imposibilidad de limitar esas zonas, y por otra parte, tendría - el grave inconveniente de admitir una zona libre en la que el Estado ejercería imperio, con perjuicio del territorio de cada nación, ya que entonces ese espacio podría ser aprovechado por naves extranjeras que libremente podrían cruzarlo. La necesidad - de defensa del territorio, principalmente ha hecho que se adopte un sistema diverso: se considera que todo el espacio aéreo está sujeto al imperio del Estado, el que impone todas las modalidades de la defensa o de la preparación militar del Estado, de manera que ya no existiría una zona libre, que pudiera aprovecharse por naves extranjeras, y el Estado tendría siempre el derecho de impedirlo o concederlo cuando lo estimara conveniente.



Tampoco podrá el particular alegar su dominio sobre el espacio aéreo para impedir el paso de las naves, considerando ilimitado su derecho de propiedad, porque ésto afectaría intereses - de orden general. De esta manera, conservando el Estado el imperio y el derecho de imponer restricciones al espacio aéreo, se -- concilia por una parte el interés del particular, por cuanto que no se podrá impedir que eleve sus construcciones o aproveche el - espacio aéreo dentro de los límites de la seguridad que aconseja la técnica; y tampoco se podrá impedir la navegación aérea, ni - se expondrá la defensa y seguridad del territorio reconocido una zona libre. Este es el sistema que establece la Ley General de - Vías de Comunicación en México.

#### 6.4. LA ACCION REIVINDICATORIA.

El estudio de la acción reivindicatoria es de fundamental importancia respecto al derecho de propiedad, pues constituye tanto el medio jurídico para poder obtener la restitución - de una cosa que nos pertenece y que se encuentra en poder de otra persona, como la garantía misma en la efectividad del citado derecho.

En el artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles en el Distrito Federal define la acción reivindicatoria en los - siguientes términos:

*"La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y sus efectos serán, declarar que el actor tiene dominio sobre ella y la entrega el demandado con sus frutos y accesorios en los términos prescritos por el Código Civil".*

*Por consiguiente, son elementos de la mencionada acción, los siguientes:*

- a) Tener la propiedad de una cosa.*
- b) Haber perdido la posesión de la misma.*
- c) Estar la cosa en poder del demandado.*
- d) Identificar el bien de que se trate.*

*En realidad este último elemento es una consecuencia que se encuentra implícita o sobreentendida - en los demás.*

*De acuerdo con el mismo precepto, el efecto de la acción reivindicatoria es declarativo en cuanto que tiene por objeto que la sentencia reconozca que el actor ha justificado el dominio sobre la cosa materia de la reivindicación. Además y por vía de consecuencia, también la sentencia tiene un efecto condenatorio, por cuanto que no basta reconocer la propiedad del actor, sino que debe condenar al demandado a restituir la cosa con sus frutos y accesorios - en los términos prescritos por el Código Civil.*

### **Acción reivindicatoria.- A. Su concepto y requisitos.**

*Esta acción, que constituye la más propia y eficaz defensa de la propiedad, tiene por fin obtener el reconocimiento del derecho del dominio, y en consecuencia, la restitución de la cosa que indebidamente retiene un tercero. Mediante ella, como dice Sohm, el propietario no poseedor, hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario. Dasi da un concepto muy preciso de esta acción, diciendo que es aquella por la que el propietario supuesto que la cosa, por cualquier causa, no esté en posesión, sino en la de un tercero, ejercita el ius possidendi, connatural al derecho de propiedad; ésto, es demanda, frente al tercero, el reconocimiento de su derecho de propiedad y, en consecuencia, la restitución de la cosa, con todos sus aumentos.*

*En nuestra patria, la define Sánchez Román como una -- acción real, que compete al dueño de la cosa contra el poseedor de la misma, para que se le restituya con sus frutos, accesiones y abono de menoscabos.*

*Distinta de la propia acción reivindicatoria, aunque -- prácticamente venga confundida con ella, es la acción de mera de claración de la propiedad.*

*"La tutela del derecho de propiedad, dice la sentencia de 21 de febrero de 1941, se desenvuelve y actúa especialmente a través de las distintas acciones muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, -- que sirve de medio para la protección del dominio, frente a una privación o una detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión y la acción de mera declaración o constatación de la -- propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor,*

y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga."

Conforme al artículo 5º el demandado, en juicio reivindicatorio, que tenga sólo el carácter de simple tenedor de la cosa, puede declinar la responsabilidad del juicio señalando al poseedor que lo sea a título de dueño. Cumplido este requisito el juicio reivindicatorio deberá enderezarse en contra del citado poseedor. Como sanción eficaz contra el poseedor que niegue la posesión misma, el artículo 6º del citado Código Procesal dispone que en esa hipótesis el demandado perderá dicha posesión en favor del actor.

Aun cuando normalmente la acción reivindicatoria se intenta contra el poseedor de una cosa cuyo dominio pertenece al actor el Art. 7º del ordenamiento citado establece una excepción en los términos siguientes:

"Pueden ser demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer y el que está obligado a restituir la cosa, o su estimación, si la sentencia fuere condenatoria. El demandado que paga la estimación de la cosa puede ejercitar a su vez la reivindicación".

Conforme al artículo 8º del Código Procesal, se prohíbe intentar acción reivindicatoria en relación con las siguientes cosas:

- a) Las que estén fuera del comercio.

- b) Los géneros no determinados al establecerse la demanda.
- c) Las cosas unidas a otras por vía de accesión.
- d) Las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda, o de comerciante que en el mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó.

Las razones que ha tomado en cuenta el mencionado precepto para prohibir el ejercicio de la acción reivindicatoria en los distintos casos señalados, son distintas. Respecto a las cosas fuera del comercio, dada su naturaleza no podrá intentarse la acción de dominio debido a que ya no pueden ni deben regresar al patrimonio de un particular. Razones de orden público siempre justifican la salida de tales bienes del comercio jurídico. En cuando a los géneros no determinados al establecerse la demanda, existe simplemente una razón de imposibilidad jurídica para lograr la identificación de la cosa. Además, se podrían perjudicar a terceros poseedores de géneros de igual especie y calidad. Las cosas unidas a otras por vía de accesión, no pueden reivindicarse conforme al principio que ya hemos estudiado, según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es decir el dueño de la cosa accesorio no tiene una acción real de dominio para exigir la restitución de la misma, pues ésta, por virtud de la ley, ha sido adquirida por el propietario de la cosa principal. Sólo tendrá una acción particular para exigir el valor de la cosa accesorio y el pago de daños y perjuicios, según las reglas que ya hemos estudiado para la accesión cuando existe buena o mala fe. Por último, las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedique a la venta -

de objetos de la misma especie, sólo puedan ser reivindicadas pagando al adquirente el precio que desembolsó. Aquí la razón que existe es de seguridad jurídica en protección de los adquirentes de buena fe a título oneroso.

Debe distinguirse la acción reivindicatoria de la acción publiciana o plenaria de posesión que regula el Art. 9º del mencionado ordenamiento procesal en los siguientes términos:

"Al adquirente con justo título y de buena fe, le compete la acción para que, aún cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y accesorios, en los términos del artículo 4º, el poseedor de mala fe; del que teniendo título de igual calidad, ha poseído -- por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que posesiones fuesen dudosas, o el de mandado tuviese su título registrado y el actor no, -- así como entre el legítimo dueño".

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

La palabra cosa (res), comprende diversos significados; pues por su propia naturaleza es extraordinariamente flexible, por lo que convencionalmente puede ser considerada como todo elemento corpóreo o incorpóreo, del mundo exterior que puede producir una satisfacción al hombre, pudiendo estar dentro o fuera del comercio.

### SEGUNDA

Aunque algunos autores consideran que el término res y bien son sinónimos en el Derecho Romano, nosotros diferimos de esta idea, ya que una cosa para ser considerada jurídicamente como un bien, debe reunir los siguientes elementos:

- a) Que se trate de algo susceptible en el espacio
- b) Que sea capaz de satisfacer alguna necesidad o placer lícito del hombre.

De lo que se desprende que bien es todo aquello que forma parte del patrimonio de una persona.

### TERCERA

Debido a la gran diversidad de objetos existentes, fue indispensable una clasificación de las cosas que permitiera su fácil comprensión y manejo, así tenemos que el primer intento de sistematización que hacen las fuentes del Derecho Romano, se refiere a las cosas que están dentro del patrimonio (res intra patrimonium) y fuera del patrimonio (extra patrimonium),

En el primer caso se encuentran todos los bienes que que forman parte del patrimonio de una persona; en las segundas tenemos aquellas que por su propia naturaleza no son susceptibles de ser apropiadas por algún particular.

#### CUARTA

Con el evolucionar de la sociedad y el desarrollo de las relaciones comerciales, la anterior clasificación resultó insuficiente; por lo que se creó una nueva, que poseía las mismas ventajas que la anterior pero que reportaba una mayor utilidad desde el punto de vista jurídico, ésta (considerada como la clásica -- clasificación romana de las cosas), contempla a las cosas que se encuentran dentro del comercio (res in commercio) y las que están fuera del comercio (res extra commercium).

#### QUINTA

Pertenecen a las cosas que están dentro del comercio (res in commercio) la mayoría de los objetos corporales de que podía disponer el hombre para satisfacer sus necesidades y abarcaba los siguientes grupos: res mancipi y res nec mancipi, cosas corporales e incorporales, muebles e inmuebles, généricas y específicas, consumibles y no consumibles, fungibles y no fungibles, divisibles e indivisibles, simples y compuestas, principales y accesorias; por último fructíferas y no fructíferas.



## SEXTA

Las cosas están fuera del comercio (*res extra commercium*), por el derecho divino (*res divini juris*), como son.

Las cosas sagradas (*res sacras*), las religiosas (*res religiosae*) y las cosas santas (*res sanctae*); por el derecho humano (*res humani juris*), las cosas comunes (*res communes omnium*), las públicas (*res publicae*), - las de universidad (*res universitatis*), las privadas (*res privatae, res singulorum*) y las cosas que no son de nadie (*res nullius*).

## SEPTIMA

Los romanos en su constante lucha por simplificar y volver prácticas las diversas instituciones jurídicas, se abocaron a la tarea de constituir una categoría especial de derechos, los cuales como es lógico pensar debían tener como fin principal un bien, tal clasificación es la que se refiere a los derechos patrimoniales, los cuales tienen como sello distintivo que persiguen satisfacer necesidades económicas y que por lo tanto pueden ser valubles en dinero.

## OCTAVA

Los derechos patrimoniales se encuentran divididos en dos grandes rubros, que son:

Los derechos reales y los derechos obligacionales, de crédito o personales; los primeros de acuerdo a la teoría de las acciones *in rem* son derechos oponibles a cualquier tercero, que faculta a su titular para que obtenga el máximo provecho de una cosa (en cuyo caso-

hablamos del derecho de propiedad) o en una forma reducida, (entonces estaremos ante la presencia de los Jura in re aliena). En lo referente a los derechos personales éstos son definidos como aquellos que facultan a un sujeto activo (acreedor) a exigir a otro llamado sujeto pasivo (deudor), la prestación de un hecho positivo o negativo consistente en un dare (transmitir el dominio sobre algo), facere (realizar un acto sin inmediatas consecuencias visibles, como cuando se garantiza una deuda ajena o cuando uno se hace responsable de cuidar de un objeto o se declara dispuesto a posponer el cobro de un crédito). A estos conceptos podríamos añadir los de non facere y de pati (tolerar).

#### NOVENA

Entre las diferencias más notables de estos derechos, tenemos:

Que el derecho real solamente tiene dos elementos: el sujeto activo y la cosa. El derecho personal en cambio, consta de tres elementos: un sujeto activo o acreedor, un sujeto pasivo o deudor y el objeto.

El derecho real recae generalmente sobre una cosa corporal. El derecho personal, por el contrario, recae sobre actos ajenos, de interés patrimonial.

El derecho real puede hacerse valer contra todos, es decir, de él nacen acciones que el titular puede ejercitar contra cualquiera, o por lo menos contra persona no determinada de antemano. Por su parte el derecho personal solo puede reclamarse del obligado.

El disfrute o satisfacción del derecho real no lo extin

que por esa circunstancia; otorga un disfrute permanente. En cambio, la obligación se extingue cuando es satisfecha.

Finalmente los derechos reales tienden hacia la perpetuidad, mientras que los personales son siempre temporales, aunque pueden tener larga duración.

#### **DECIMA**

El derecho de propiedad es, entre los derechos reales, el más amplio, el más completo, tanto que resulta prácticamente imposible encerrar dentro de un cuadro las diversas facultades que corresponden al propietario. - El derecho real por excelencia al cual están subordinados todos los demás. Ningún otro derecho real puede existir, por lo menos en su origen, sin la propiedad.

#### **DECIMA PRIMERA**

Las fuentes del derecho romano no proporcionan una definición de la propiedad, vocablo que proviene del término latino propietas que a su vez deriva de proprium, que significa lo que pertenece a una persona o es propio, partiendo de esta idea, podemos decir que la propiedad es el derecho subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plena y exclusivamente de una cosa, por lo cual la propiedad se identifica como el señorío más general sobre la cosa, ya sea en acción, ya sea por lo menos en potencia.

#### **DECIMA SEGUNDA**

Los elementos de propiedad fueron señalados por los --

«losadores; siendo éstos:

El **jus utendi o usus**, que es el derecho que tenía el propietario de servirse de la cosa y obtener todas las ventajas que pudiera ella reportarle, sin incluir los frutos. El **jus fruendi** que era la facultad de gozar del bien obtenido los frutos civiles o naturales que él pudiera producir. El **jus abutendi** es el poder de consumir la cosa y por extensión disponer de ella en forma definitiva y absoluta. Por último el **jus vindicandi**, que era el derecho a reclamar el objeto de terceros poseedores o de detentadores y que es una consecuencia directa de que la propiedad es el derecho real por excelencia y por tanto, se puede oponer a terceros.

#### DECIMA TERCERA

Para determinar los caracteres de la propiedad es necesario que partamos de la idea, de que esta institución jurídica es considerada como el derecho real por excelencia, de tal manera que la propiedad es el señorío eminente sobre la cosa. Por lo que se caracteriza -- por ser absoluto, exclusivo, perpetuo e irrevocable.

Es un derecho absoluto, porque como todo derecho real faculta a su titular a disponer y gozar la cosa de su propiedad de la forma como mejor le parezca, siempre y cuando fuera dentro de los límites que marca la ley.

Asimismo el derecho de propiedad puede ser catalogado de exclusivo e individual en el sentido de que el propietario puede impedir, a cualquier tercero, concurrir en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad y en la titularidad de ellos salvo cuando una mis-

ma cosa pertenece, a la vez a varias personas que ejercen proindiviso el derecho de propiedad.

Se caracteriza igualmente la propiedad por ser un derecho perpetuo e irrevocable, que subsiste con independencia del ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter absoluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el propietario que tiene sobre la cosa el más amplio señorío esté obligado a desprenderse de la misma en un tiempo determinado. -- Así en Roma no estuvo admitido constituir un derecho de propiedad *ad tempus*, es decir, convenir que vencido cierto término la cosa adquirida retornaría *ipso jure* (de pleno derecho) al enajenante.

#### DECIMA CUARTA

La primera forma de propiedad individual que existió en Roma fue la que recaía sobre bienes muebles y respecto a la tierra sólo se conoció la colectiva, antiguamente. De tal forma que la propiedad privada sobre bienes inmuebles apareció ya tarde, cuando la diversificación del poder indiviso del paterfamilias determinó el reconocimiento de capacidad patrimonial a los miembros de la comunidad gentilicia.

#### DECIMA QUINTA

En un principio el pueblo romano conoció dos tipos de propiedad:

La propiedad quiritaria (*dominium ex jure quiritium*), que era la propiedad primitiva regulada por el derecho civil, surgió con las características propias del dere

cho de la época, basado en la distinción entre res **mancipi**, (cosas no romanas), así como entre fundos itálicos y fundos provinciales. Este es el tipo de propiedad -- que pertenecía solamente al ciudadano romano y sus ~~modos~~ de transmisión estaban fuertemente influidos por el carácter formalista y solemne del derecho de la época. -- Y la propiedad bonitaria, la que se presenta en la enajenación de una res **mancipi** sin las formalidades de la **mancipación**, en ésta el pretor reconocía como propietaria a una persona que no era conforme el estricto derecho civil. En la época de Justiniano no había ya razón suficiente para mantener los diferentes tipos de dominio por que ya había desaparecido las distinciones entre res **mancipi** y res **nec mancipi**, así como entre fundos itálicos y fundos provinciales. Estas consideraciones explican que en la legislación de Justiniano no se encuentre ya la división entre propiedad quiritaria y propiedad bonitaria.

## DECIMO SEXTA

El derecho de propiedad en Roma, revistió un carácter absoluto y la idea de su limitación resultaba francamente incompatible con la concepción prevaleciente en los primeros tiempos, sin embargo al correr del tiempo y debido a las exigencias sociales, la propiedad -- se encuentra ante una diversidad de restricciones, -- que pueden ser agrupadas en dos rubros: Limitaciones de Derecho Público y limitaciones de Derecho Privado.

## DECIMO SEPTIMA

Dentro de la inmensidad de limitaciones al derecho de propiedad romana, destaca la expropiación por causa -- de utilidad pública, que aunque existen posiciones antaónicas sobre el conocimiento que de ella tenían -- los romanos, nosotros consideramos que es indudable -- que la sociedad romana debió afrontar los conflictos que necesariamente se suscitan entre el interés público y el interés privado y si el pueblo romano se distinguió, como sabemos, por un espíritu singularmente lúcido para la resolución de las cuestiones que po-- dían interesar eventualmente a su propia organización, es forzoso convenir que debió instituir un procedimiento especial que le permitiera solventar aquellos conflictos en favor del interés público. Puesto que se tiene conocimiento de que se registraron en Roma di-- versos casos de expropiación por la causa arriba men-- cionada --ensanchamiento del foro, reparaciones de vías públicas, etc.- de modo que podemos afirmar que se admitió, en la práctica, el principio de la expropiación.

## DECIMA OCTAVA

Existen diferentes formas o modos de adquisición de la propiedad, los cuales son los hechos jurídicos que la ley declara idóneos para la propiedad entre, como señoría general que es, en la esfera de disposición de los sujetos particulares. La variedad con que tales hechos jurídicos se presentan da lugar a clasificaciones diversas.

## DECIMA NOVENA

En las instituciones de Gayo, se distingue por primera vez los modos de adquirir *Juris Civile* y *Juris Gentium*. Dentro de los primeros figura la *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *usucapión*; dentro de los segundos, fundados en la *naturalis ratio*, la ocupación, la accesión, la especificación, la tradición. La distinción tiene gran importancia en la época clásica, ya sea referida a los sujetos (ciudadanos romanos exclusivamente), ya a las cosas (las *res nec Mancipi* son las únicas susceptibles de adquisición *Juris Gentium*). Una vez otorgada la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio a través de la Constitución Antoniniana del año 212, se borra la diferencia entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, desapareciendo en fin, viejas formas civiles de *mancipatio* y de la *in jure cessio*.



## VIGESIMA

Una clasificación de mayor utilidad es la que distingue entre modos de adquirir originarios y derivativos. Son originarios porque se da la adquisición del bien sin que medie relación con su antecesor jurídico, como ocurre por ejemplo en la ocupación de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*). Modo derivativo es por el contrario, la adquisición cuya eficacia arranca en un acto de disposición del precedente titular, cual sucede, por ejemplo, en la *traditio*.

## VIGESIMA PRIMERA

El interés práctico de esta clasificación se basa en el hecho de que en los modos originarios, la propiedad es adquirida en toda su plenitud, sin más cargas o gravámenes que los impuestos por la ley. En los modos derivativos, por el contrario, es preciso tener - en cuenta la situación jurídica del que transmite, -- pues nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que se tiene por sí mismo. La propiedad se adquiere, entonces, con las limitaciones, - cargas o gravámenes que el tradente hubiese constituido legalmente sobre la cosa objeto de ella.

## VIGESIMA SEGUNDA

Entre los modos originarios de adquirir la propiedad se encuentran: La ocupación, la accesión, la especificación, la confusión, la comixión, la adjudicación y la usucapión.

## VIGESIMA TERCERA

La ocupación es aquella por la cual hacemos nuestra -- una cosa que está dentro del comercio, pero que, en es te caso concreto, no pertenece de hecho a nadie, o per tenece a un enemigo, en caso de guerra. Esta adquisi- ción de la propiedad se opera mediante la simple toma de la posesión de la res corporalis. La adquisición - se verificaba a favor del ocupante, solo en relación - de una cosa res nullius.

## VIGESIMA CUARTA

Los casos de ocupación contemplados por el Derecho Roma no, son los siguientes:

- 1.- La Insula in marinata (las islas del mar).
- 2.- Las res inventae in litore maris (piedras, perlas conchas, etc), es decir, las cosas descubiertas - en la ribera del mar.
- 3.- La caza de las ferae bestiae, ésto es, de los ani males que gozan de libertad natural.
- 4.- Las res derelictae, las cosas libremente abandona- das por su dueño y no las cosas perdidas o extra- viadas.
- 5.- Las res hostium, las cosas tomadas a los hostes, sea en acción de guerra o fuera de ella.
- 6.- La adquisición de un tesoro.

## VIGESIMA QUINTA

La accesión constituye un modo originario de adquirir la propiedad y etimológicamente proviene de ad y cede re que significa aumento, unión entre dos cosas. Jurídicamente se refiere como un modo natural de adquirir que daba derecho al propietario de una cosa sobre todo lo que a ella se incorpora, como parte integrante de ella; y sobre todo lo que se desprende de la -- misma para formar un nuevo cuerpo.

## VIGESIMA SEXTA

Los jurisconsultos romanos agruparon los casos de accesión en:

- a) De cosa mueble a otra mueble (la ferruminatio, la textura, la tinctura, la scriptura y la picture).
- b) De mueble a inmueble (la siembra, la plantación y la edificación, realizada en fundo ajeno).
- c) De inmuebles a inmuebles (el aluvión, la avulsión, el alveus derelictus, la isla que emerge de un río público).

## VIGESIMA SEPTIMA

La especificación es un caso especial de adquisición -- que se presenta cuando un obrero o un artista elaboran un objeto nuevo species nova, con una materia que transforman; por ejemplo, una estatua con un bloque de mármol.

## VIGESIMA OCTAVA

En relación a la especificación se plantea el siguiente problema:

¿A quien debe pertenecer el objeto nuevo, cuando el obrero lo ha producido con materiales de otro, sin consentimiento del propietario? Justiniano resolvió que si el objeto fabricado puede volver a tomar su antigua forma, la cosa primitiva no está destruida y puede renacer; así que no hay cambio de propietario. Pero si el objeto ya no puede volver a su primer estado, es en realidad una cosa nueva, que por ocupación se hace propietario el obrero.

## VIGESIMA NOVENA

La confusio y la commixtio son otro modo ordinario de adquirir la propiedad, el primero tiene lugar cuando se produce la unión de líquidos (ejemplo: vino y miel); y en el segundo cuando se mezclan sólidos (ejemplo: cereales).

## TRIGESIMA

Al hablar de la adjudicación es necesario hacer referencia que la sentencia que dicta un magistrado no produce efecto de transferir la propiedad, por lo general, pero en las acciones de partición o el juicios divisorios, el juez puede hacerlo por medio de una adjudicatio.

## TRIGESIMA PRIMERA

La usucapión constituye uno de los modos originarios -- más importantes de adquirir la propiedad, proviene del vocablo latino *usus*, que significa usar una cosa y la voz *capere*, que equivale a tomar o a apoderarse de algo. Las fuentes la definen diciendo que es la adquisición -- del dominio mediante la continuación de la posesión por tiempo determinado en la ley (*usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lego definiti*). Los requisitos necesarios para que opere son:

- 1.- Que el sujeto tenga capacidad,
- 2.- Que la cosa sea susceptible de ser adquirida por -- usucapión,
- 3.- El Justo Título (*titulus*),
- 4.- Buena fé (*fides*),
- 5.- Posesión prolongada por el tiempo fijado por la ley.

## TRIGESIMA SEGUNDA

El Derecho Romano, estableció que los sucesores a título universal podían sumar su posesión a la del poseedor anterior. Es la teoría de la unión de las posesiones. Desde muy temprano los romanos la admitieron expresamente a favor de los herederos, pero establecieron como -- condición que en el intervalo no hubiera sido interrumpida la posesión.

Con respecto a los sucesores a título particular (legatarios, donatarios, compradores, etc.), la teoría de la unión de las posesiones se aplicó en forma más restrin-

quida. En efecto, el sucesor podía sumar su posesión a la del causante sólo a condición de que en ambos concurra la buena fé.

#### TRIGESIMA TERCERA

La Longi Temporis Prescriptio, fue en su origen un medio de defensa que podía hacer valer el peregrino que se hallara en posesión de una cosa por largo tiempo, -- frente a las perturbaciones de terceros realizadas con intención de despojo. Se exigía una posesión continuada de diez años entre presente y veinte años entre ~~ausen~~tes.

#### TRIGESIMA CUARTA

La longissimi temporis praescriptio, fue establecida -- por Constantino y mediante ésta, una persona que se hallare en posesión de una cosa cualquiera durante cuarenta años, aunque sin reunir los requisitos de Justo Título y la buena fé, podía oponerse a cualquier reivindicación. El plazo establecido por Constantino fue modificado, un siglo después, cuando Teodosio II lo limitó a treinta años.

#### TRIGESIMA QUINTA

Justiniano busco unificar a la usucapión y a la longi temporis praescriptio, puesto que ya no había razón su-

ficiente para mantenerlas separadas. En efecto, al desaparecer la añeja distinción entre ciudadanos y peregrinos, los derechos de ciudadanía se habían extendido a todos los súbditos del Imperio, de modo que uno de los inconvenientes de la usucapión -su limitación o -- accesibilidad a los ciudadanos exclusivamente- ya no existía. Había desaparecido también la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, otro de los inconvenientes de la antigua usucapión.

#### TRIGESIMA SEXTA

Entre los modos derivativos de adquirir la propiedad - encontramos los que han sido reconocidos por el Derecho Civil, como son la *mancipatio* y la *In Jure Cessio*; y uno ya consagrado por el derecho de gente, la tradición (*traditio*).

#### TRIGESIMA SEPTIMA

La *mancipatio* es probablemente el modo de enajenación - más antiguo que se conoce, ya que en la Ley de las XII Tablas, aparece con tal carácter. Era uno de los modos llamados "*per aes et libram*", por el bronce y la balanza. En el acto deberían estar presentes las partes interesadas: vendedor y comprador, *tradens* y *accipens*, cinco testigos que debían ser ciudadanos romanos y púberes, y además, el *librepens*, que sería probablemente el funcionario comisionado por el Estado para actuar como

pesador en una época en que aún no se conocía la moneda. Además debía estar presente en el acto la cosa que iba a ser objeto de la operación, en el caso de ser mueble, en caso de inmueble bastaba llevar algo que lo representara. Se necesitaba una balanza y el comprador debía portar en la mano unos lingotes de metal para -- ofrecérselos al tradens como precio de la cosa.

#### TRIGESIMA OCTAVA

La In Jure Cessio es un modo derivado de adquirir la -- propiedad previsto por el Derecho Civil. Se trata de -- un proceso ficticio en virtud del cual el enajenante y el adquirente deberían comparecer ante el magistrado, -- manifestando el adquirente que venía a reclamar una cosa que era suya. Si el enajenante no oponía ninguna obj -- jeción --que no la oponía porque previamente se habían -- puesto de acuerdo-- el magistrado adjudicaba la propiedad de la cosa al adquirente.

#### TRIGESIMA NOVENA

La traditio es un modo derivado de adquirir la propiedad -- prevista por el Derecho de Gentes y accesible, no solo a -- los ciudadanos romanos, sino a todo mundo.

En un principio tuvo poca importancia, pero en el derecho -- Justiniano al ser abolida la distinción entre res



**mancipi y res nec Mancipi:** desaparecieron la propiedad quiritaria y la propiedad bonitaria como categorías o especies diferentes, y desde entonces la traditio se -- convirtió en el modo universal de adquirir.

## CUATRIGESIMA

La traditio presenta rasgos característicos que la diferencian notablemente de la Mancipatio y de la in jure cessio. En primer lugar, no está sometida a solemnidad alguna como condición para su validez: Bastaba el elemento material de la entrega. Además, no es un modo de Derecho Civil, sino del derecho de gentes, y por tanto, podía utilizarse para la transmisión de la propiedad a sujetos que no tenían, a tenor de las disposiciones de Derecho Antiguo, capacidad para ser titulares del Derecho de Propiedad Quiritaria.

## CUATRIGESIMA PRIMERA

Las acciones que creó el Derecho Romano para tutelar el Derecho de Propiedad son diversas y pueden ser agrupadas según que sirvan para la defensa del dominio en sí mismo, directamente, como las acciones reales, o indirectamente, a través de los interdictos posesorios, por ejemplo.

#### CUATRIGESIMA SEGUNDA

Entre las acciones reales, tiene especial importancia la rei vindicatio que el propietario quirritario podía hacer valer cuando un tercero, sin título alguno le -privaba de la posesión de la cosa. Para tener éxito el propietario reivindicante en sus propósitos debía probar su derecho de propiedad.

#### CUATRIGESIMA TERCERA

Asimismo para la defensa de la propiedad bonitaria se creó la acción publiciana por la cual el propietario -bonitario, es decir, al que ha adquirido una res mancipi por el modo natural de la tradición, y el adquirente de buena fé a non dominio. Con esta acción, se trataba de favorecer, especialmente, a la persona que se hallare en vías de usucapir la cosa, pero que todavía no lo ha hecho y es privada de la posesión de la cosa.

## B I B L I O G R A F I A

---

ABOUHAMAND HOBAICA, CHIBLY, "Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I", Edit. Jurídica Venezolana, 3ª Edic. 1979.

ALVAREZ SUAREZ, URSCICINIO, "Curso de Derecho Romano", Revista de Derecho Privado, T. I, 3ª Edic. Madrid, 1955.

APENDICE DE JURISPRUDENCIA DE 1917-1965, Del Seminario de la Federación, 4ª pte. Tercera Sala.

ARANGIO RUIZ, V. "Historia del Derecho Romano" (traducción de Pelsmasker) Edit. Labor, 3ª Edic., Madrid, 1963.

ARGÜELLO, LUIS RODOLFO, Edit. Astrea, 2ª Edic. Argentina, 1976.

ARIAS, RAMOS J. "Compendio de Derecho Romano", 3ª - Edic. Valladolid, 1966.

BIALOSTOSKY, SARA, "Panorama de Derecho Romano", -- Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª - Edic. 1976.

BONFANTE, PIETRO, "Historia del Derecho Romano" (traducción de José Santacruz Tejeiro) Edit. Tea, 2ª Edic. Madrid, 1944.

BRAVO VALDEZ, BEATRIZ, "Primer Curso de Derecho Romano", Edit. Pax, 3ª Edic. Mex., D.F. 1983.

CLEMENTE DIEGO, FELIPE, "Instituciones de Derecho Civil", T.L. Introducción, Madrid, 1959.

DE COULANGES, FUSLE, "La Ciudad Antigua", Edit. Porrúa, 4ª Edic. Méx., D.F. 1980.

H. LAFAILLE, "Tratado de los Derechos Reales", Tomo III, Alemania.

HERNANDEZ TEJEIRO, JORGE, "Derecho Romano", Edit. - Darro, 4ª Edic. Madrid 1978.

IGLESIAS, JUAN, "Instituciones de Derecho Privado - Romano", Edit. Ariel, 5ª Edic. Barcelona 1965.

MARGADANT, GUILLERMO, "Derecho Privado Romano", Bht. Esfinge, 3ª Edic. Méx., D.F. 1983.

MORALES, IGNACIO, "Derecho Romano", Edit. Trillas, 2ª Edic, Méx., D.F. 1984.

ODERIGO, N. MARIO, "Sinópsis de Derecho Romano", - Edit. Espesa, 5ª Edic. Madrid 1964.

ORTOLAN, M., "Legislación Romaine", Edit. Leocadio López, Madrid 1876.

PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, "Diccionario para Juristas" Edit. Mayo, 1ª Edic. P. 335, Méx., D.F. 1981.

PAYNO, MANUEL, "Tratado de la Propiedad", Edit. Comité Interno de Ediciones, S.R.A., Méx., D.F. 1981.

PETIT, EUGENE, "Tratado Elemental de Derecho Romano" (traducción de José Fernández González), 2ª Edic. -- Edit. Epoca, Méx., D.F. 1977.

SAINZ GOMEZ SALCEDO, JOSE MARIA, "Derecho Romano I" Edit. Limusa Méx., D.F., 1988.

**SALEILLES, RAIMUNDO, "La Razón de la Posesión", --  
Edit. Espea, España 1912.**

**SNOW, RODOLFO, "Instituciones de Derecho Privado -  
Romano", Edit. Nacional, 2ª Edic. Méx., D.F., 1975.**

**SUAREZ, GUILLERMO, "Derecho Civil", Edit. Limusa,  
Méx., D.F. 1978.**

**VON IHERING, RUDOLF, "El Espíritu de las Leyes", --  
Edit. Calpa, Alemania 1982.**