

III. El dominio . . . . .	31
1. Concepto . . . . .	31
2. Atributos del propietario . . . . .	33
3. Limitaciones al derecho de dominio . . . . .	34
4. Tipos o clases de dominio reconocidos por el ordenamiento jurídico romano . . . . .	35
A. El dominio quiritario e “in bonis” en las <i>Institutas</i> de Gayo . . . . .	37
B. Protección del dominio bonitario . . . . .	37
C. Medios de protección concedidos . . . . .	38
D. Extensión de la actio publiciana a la adquisición “a non domino”. Pervivencia de las fuentes justinianas . . . . .	39
E. El dominio en las tierras provinciales . . . . .	39
5. Adquisición del dominio . . . . .	40
A. Los modos de adquirir . . . . .	40
B. De los modos de adquirir iure gentium . . . . .	41
C. Evolución posclásica y justiniana de la tradición de inmuebles . . . . .	49
D. Modos de adquirir el dominio del ius civiles (“civiles adquisiciones”) . . . . .	51
E. Fides . . . . .	56
F. Possessio . . . . .	57
G. Tempus . . . . .	58

### III. EL DOMINIO

#### I. CONCEPTO

Así como del derecho de señorío del *pater* sobre las personas sometidas a su potestad derivan las normas que constituyen el fundamento del derecho de familia clásico, así también del señorío del *pater* sobre las cosas que constituyen la sede y la base económica del grupo familiar parece haberse derivado en Roma el régimen de la propiedad.<sup>11</sup>

En principio, se puede afirmar incluso que el *mancipium* o *dominium* no es otra cosa que el poder del *dominus* (jefe de la casa, *domus*) sobre las cosas de la familia.<sup>12</sup>

No hay definición del derecho de propiedad en las fuentes romanas. Sin embargo —en cuanto a su concepto— se puede afirmar que el derecho de propiedad o dominio, en el pensamiento jurídico romano, no se entiende como *res incorporalis* sobre un objeto corporal. Existe más bien una cierta identidad entre objeto y propiedad. Es por ello que los romanos indicaron la pertenencia exclusiva de una cosa con la frase *res mea est* (la cosa es mía). “Si alguna palabra encontramos en las fuentes que pueda designar a ésta (la propiedad) de una manera más o menos unívoca, ella no es otra que *res* (cosa), la que suele ser usada incluso en oposición a *ius*”.<sup>13</sup> En el ámbito del *dominium* está ausente entonces el concepto del derecho como cosa inmaterial (*res incorporalis*) superpuesto al objeto corporal.

Distinto es el caso de otros derechos reales, como el usufructo, entendido claramente en las fuentes romanas como *ius*, y concebido por tanto separadamente de la cosa fructuaria dentro de la categoría de las *res incorporalis*. Así, Gayo, *Institutas*, II, 14: “Son incorporales aquellas (cosas) que no se pueden tocar (*quae tangi non possunt*), tales como las que consisten en un derecho, así... un usufructo...”

Observaremos luego que el régimen organizativo del dominio en Roma, vale decir, el conjunto de aquellas normas que establecen la ma-

<sup>11</sup> De Francisci, P., *op. cit.*, p. 112.

<sup>12</sup> Samper, F., *op. cit.*, p. 112.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

nera de llegar a ser legítimamente dueño de una cosa, resultan concordantes con el concepto corporal que se tiene de la propiedad. Esto no sólo se observa en los actos rituales del derecho antiguo destinados a la enajenación de las cosas *mancipi* en que se designa la pertenencia señalando la *res* y no el *ius* (“hoc meum esse aio”), sino también en aquel otro tipo de cosas, como las *nec Mancipi* que se enajenan por simple entrega (*traditio*).

Como el mismo concepto enajenativo lo indica (“*entrega*”), en tal categoría de cosas el acto adquisitivo que configura la titularidad de *dominus* se realiza mediante un acto material de apropiación, que conlleva una *justa* toma de posesión de la cosa, consentida por el dueño (*tradens*) y obviamente por el adquirente (*accipiens*). En esta modalidad enajenativa está también la presencia relevante del elemento corporal, vale decir, de la disponibilidad material del objeto como elemento necesariamente concurrente para entender cumplido el acto enajenativo.

El régimen jurídico del dominio, para los efectos prácticos de su tutela, se resuelve en la concesión de una acción real (acción en la cosa o *actio in rem*); la *rei vindicatio* (vindicación de la cosa), que se entiende *persecutoria* de la *res*, vale decir, ejercitable directamente sobre el objeto del dominio sin tomar en cuenta la persona que lo tenga en su poder o, dicho de otra forma, cualquiera que sea el sujeto que lo posea.

Los términos que los litigantes pronuncian al accionar mediante la *rei vindicatio*, revelan la ausencia de un concepto abstracto del dominio y confirma lo anteriormente expuesto en este sentido. Directamente afirmaban ser *la cosa del* reivindicante. Así, en *Institutas*, Gayo, I, 119, y II, 24, la fórmula del reivindicante es: “Digo (o afirmo) que la cosa es mía de acuerdo con el derecho de los quirites” (*Unc ego rem ex iure Quiritium meum esse aio*). Dicho de otra forma, no se afirma “tengo un derecho de dominio sobre la cosa”, sino que concretamente se afirma: “la cosa me pertenece”.

Sin embargo, el que pretende tener otro derecho real distinto del dominio —por ejemplo, un usufructo— dice: “*aio ius utendi fruendi hoc fundo mihi esse*”, con ello la fórmula hace referencia no a una *res*, sino al *ius (utendi fruendi)* del actor o demandante.

En síntesis, la jurisprudencia clásica no califica el derecho de dominio entre las cosas incorpóreas. Le confiere tratamiento de cosa *corpo-*

ral, porque aparece confundido en la forma *mentis* romana con el objeto sobre el cual recae.<sup>14</sup>

## 2. ATRIBUTOS DEL PROPIETARIO

El poder del titular (*dominus*) se proyecta en tres modalidades esenciales relacionadas con la utilidad o aprovechamiento que del bien propio puede hacer.

El propietario puede usarlo, apoderarse de sus frutos y consumirlo materialmente o disponer de él jurídicamente. Una terminología que no es romana (clásica ni postclásica) sino renacentista acostumbra referirse a estas manifestaciones del poder del *dominus* con la terminología *ius utendi, fruendi et abutendi*. Un plebiscito agrario de los Gracos (fines de la era republicana) parece servir de base para tal construcción escolástica. En esa fuente se confiere a los colonos del *ager publicus* el reconocimiento de varias facultades ejercitables sobre la tierra provincial en que se hayan asentados: “*uti frui habere possidere licere*”. Del término *possidere* nos ocuparemos luego en detalle al tratar la posesión. Ahora bien, *uti, frui y habere* constituyen las tres formas básicas en que se pueden obtener aprovechamiento de una cosa corporal.

*Uti, o ius utendi*. Es una manifestación del poder del dueño que consiste en el uso reiterado del bien propio. Ello sólo es posible respecto de las cosas inconsumibles. En ellas cabe “un aprovechamiento natural sin agotar su sustancia”.<sup>15</sup>

*Fruir, o ius fruendi*. Consiste en la percepción de los frutos que rinde la cosa, sean éstos naturales o civiles. La percepción admite —naturalmente— la consumición del fruto.

*Habere o ius abutendi*. Tiene relación con la *disponibilidad* o disposición de la cosa; disposición que puede consistir en una modificación o en una consumición, las cuales pueden ser a su vez, *materiales* o *jurídicas*; así, hay actos de *modificación material* (como la transformación de un solar en un campo de cultivo o en bosque; actos de *consumación material* (como comer alimentos o destruir una cosa);

<sup>14</sup> Vid., Topasio Ferretti, Aldo, *Estudios de derecho romano*, II, “El concepto corporal del dominio”, Valparaíso, Ediciones Edeval, 1975, pp. 31-59.

<sup>15</sup> D’Ors, Alvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Editorial Gómez, 1960, p. 100.

actos de *modificación jurídica* (como gravar una cosa con un derecho a favor de otro, por ejemplo, una hipoteca o un usufructo) y actos de *consumisión jurídica* (como enajenar una cosa).<sup>16</sup>

Es preciso reiterar aquí, que lo expuesto constituye sólo una descripción de las manifestaciones más corrientes del poder del dueño respecto del bien propio. No son útiles para elaborar o construir con ellas un concepto de derecho de dominio, pues existen otras facultades que el dueño puede ejercitar, que serían en verdad de larga enumeración y que conducirían a un tipo de definición enumerativa de facultades del propietario, lo que hoy en día se tiende a abandonar, pues buscando la mayor exactitud se caería en una enumeración excesivamente detallista y desmenuzada y, sobre todo, porque resulta, por otra parte, que tales facultades, en mayor o menor extensión puede en un momento dado no tenerlas el propietario, ya sea porque ha constituido un usufructo u otro derecho real, gravando el bien propio en beneficio o favor de otra persona,<sup>17</sup> o porque ha sido sometido a restricciones por el derecho objetivo para la tutela de un interés público o privado.<sup>18</sup>

Por tal razón, en la época moderna suele definirse la propiedad en términos genéricos, señalándose que es un *poder o facultad jurídica plena, efectiva (en acto) o potencial sobre una cosa*.<sup>19</sup>

### 3. LIMITACIONES AL DERECHO DE DOMINIO

El derecho de propiedad si bien es de contenido muy amplio, no se quiere decir con ello que sea ilimitado. En principio ya hemos hecho algunas observaciones. De una parte, puede ser sometido a restricciones por el derecho objetivo para la tutela de un interés privado; así, la Ley de las XII Tablas estableció la prohibición de realizar cultivos o edificaciones hasta la misma línea divisoria de los predios vecinos, debiendo el dueño dejar un espacio de dos pies y medio como distancia que separa la línea divisoria de la edificación o del cultivo. Es por ello que una franja de 5 pies separaba los predios agrícolas (*confinium*) y las casas (*ambitus*).

<sup>16</sup> D'Ors, *op. cit.*, p. 100.

<sup>17</sup> Arias Ramos, J., *Derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 225-226.

<sup>18</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 122.

<sup>19</sup> Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1959, p. 250.

El derecho de propiedad también fue sometido a limitaciones para la tutela de un interés público. Así, si una vía pública se deterioraba, el vecino propietario debía transitoriamente tolerar el pasaje o tránsito sobre su propio predio hasta que la vía pública fuese reparada; dice el jurisconsulto Javoleno en *Digesto*, 8, 6, 14, 1: “Cuando un camino público se ha perdido o por avenida de río, o por ruina, el vecino inmediato debe prestar tal camino.” También, el propietario de un predio situado a la ribera de un río público, debía permitir el uso de las orillas para las variadas exigencias de la navegación y del comercio. En *Instituciones* de Justiniano, 2, 1, 4, se indica: “. . . es de derecho de gentes el uso público de las riberas, como el del mismo río; y así, cualquiera es libre de atracar en ellas una barca, de atar maromas a los árboles allí nacidos, y de poner en ella cualquiera carga, así como de navegar por el mismo río. Mas la propiedad de éstas [riberas] es de aquellos con cuyos predios colindan, por cuya causa también son de los mismos los árboles en ellas nacidos”.

De otra parte, el dominio puede ser limitado por otros derechos reales, concurriendo entonces sobre una misma cosa el dominio (perteneciente al *dominus*) y otro derecho real como un usufructo, perteneciente a un tercero (usufructuario), el que tendrá entonces un derecho en la cosa de otro o, como califican los comentaristas, un derecho en cosa ajena (*ius in re aliena*). Particularmente este tipo de limitación se considera como una fuerza que comprime el volumen del dominio, el cual vuelve a expedirse *ipso jure* en toda su plenitud al cesar la causa que lo limitaba. En este sentido los modernos hablan de “elasticidad del dominio”.<sup>20</sup>

También puede ser limitado el dominio por la circunstancia de que la cosa pertenezca en *comunidad* a varias personas (*condominio*).

#### 4. TIPOS O CLASES DE DOMINIO RECONOCIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO

Según el criterio de los jurisconsultos clásicos, en Roma existió originalmente un solo tipo de propiedad: el *dominium ex iure quiritum* (propiedad de los quirites o dominio de derecho quiritaro), que corresponde a aquel organizado conforme las normas del antiguo *ius civile*, propio de la época arcaica, con exigencia de actos rituales y for-

<sup>20</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 122. En el mismo sentido, Bonfante, *op. cit.*, p. 251.

malismos que rodean la adquisición de las cosas *mancipi*. Sólo se admite la ausencia de formalismos para las cosas *neq mancipi* (enajenación por simple *traditio*). En cuanto a la protección o tutela procesal, el dominio quirritario reconoce la acción reivindicatoria (*rei vindicatio*) y la excepción de dominio justo (*exceptio iusti dominii*).

Respecto al sujeto, ha de ser ciudadano romano. No basta tener el *ius commercium* para adquirir la propiedad quirritaria.<sup>21</sup> Y en cuanto al objeto, puede ser mueble o inmueble. Si es inmueble sólo será idóneo si se encuentra situado en suelo itálico. En la época clásica existe una verdadera correlación entre *ius italicum* y *dominium ex iure quirritum*.

Sin embargo, con el tiempo se formó —paralelamente al dominio quirritario— otro tipo de propiedad, a la que no se asignó un nombre específico desde un comienzo, identificándose en las fuentes sólo con los términos “*in bonis esse*” o “*in bonis habere*”, queriendo significar con ello que una cosa ha entrado en el patrimonio de una persona, que “está en sus bienes” o que “la tiene en sus bienes”.

Esta nueva institución fue creada por la nueva vertiente jurídica de la era clásica que conocemos como derecho pretoriano y particularmente se encuentra en el *ius gentium* del pretor peregrino.

La creación de este nuevo tipo de dominio, llamado “bonitario” por los comentaristas, tiende a eliminar las consecuencias de la rigidez ritual del *ius civile* que, a vía de ejemplo, para la enajenación de las cosas *mancipi* requería el cumplimiento de una especial solemnidad. Una *res mancipi*, en efecto, no se entendía transferida si no se cumplía con la forma solemne de la *mancipatio* (o de la *in iure cessio*). Aun cuando la cosa se hubiere enajenado con la voluntad del dueño y éste hubiese hecho la entrega (*traditio*) al adquirente, si la cosa era *mancipi*, el adquirente no obtenía la titularidad plena, la calidad de *dominus*. En tal caso el *dominium ex iure quirritum* de la cosa permanecía en el enajenante (en el dueño quirritario) hasta que aquél que recibió la cosa por simple *traditio* enterase un tiempo de un año para los muebles y de dos para los inmuebles. Poseyéndola por el referido tiempo, conforme la Ley de las XII Tablas el adquirente se hacía dueño de derecho civil; transformaba así su dominio *in bonis* o bonitario en dominio quirritario (*dominium ex iure quirritum*).

<sup>21</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 252.

### A. *El dominio quiritarario e “in bonis” en las Institutas de Gayo*

El siguiente es el texto de las *Institutas* de Gayo que, en breve síntesis, explica el tema de la disociación del dominio en la era clásica (II, 40, 41 y 42): Ahora bien, debemos advertir que entre los extranjeros sólo existe una clase de dominio, ya que se considera que o se es dueño (*dominus*) de una cosa o no se lo tiene por tal. Este derecho era usual también antiguamente en el pueblo romano: o se era dueño de acuerdo con el derecho de los Quirites (*ex iure Quiritium dominus*) o no se era considerado propietario; pero posteriormente se admitió una división del dominio, de tal modo que alguien puede ser dueño de acuerdo con el derecho de los Quirites y otro tener la misma cosa “*in bonis*” (II, 40).

“En efecto, si respecto de una ‘*res mancipi*’ yo no te la he mancipado ni cedido ‘*in iure*’, sino que simplemente te hago la *traditio* de ella, se considera que esta cosa (materialmente) está entre tus bienes (*in bonis tuis*), pero permanecerá mía (jurídicamente) de acuerdo con el derecho de los Quirites hasta que poseyéndola tú llegues a usucapirla, ya que luego que completes la ‘*usucapio*’ comienzas a tener pleno derecho sobre la cosa, es decir a tenerla ‘*in bonis*’ y también a ser tuya de acuerdo con el derecho de los Quirites, tal como si ella te hubiera sido mancipado o cedida ‘*In iure*’” (II, 41).

“La ‘*usucapio*’ de las cosas muebles se cumple al año; en cambio, la de los fundos y la de los edificios, al segundo año. Así está dispuesto en la Ley de las XII Tablas” (II, 42).<sup>22</sup>

Tal medio de llegar a ser propietario quiritarario (por el *usus* de la cosa y el transcurso del tiempo) configura la institución de la *usuca-pión* que observaremos con mayor detenimiento en su oportunidad.

### B. *Protección del dominio bonitario*

Ahora bien, podía suceder que en el lapso de uno o dos años, mientras el adquirente *in bonis* estaba a la expectativa de usucapir, el enajenante, que todavía era dueño de la cosa *mancipi* frente a las normas del antiguo *ius civile*, hiciera valer la *rei vindicatio* para recuperarla.

Ante esto, el pretor acordó al que tenía la cosa *in bonis* (simple poseedor frente al derecho de los quirites o *ius civile*) el tratamiento de “propietario bonitario”. No formuló en el edicto un reconocimiento

<sup>22</sup> Di Pietro, *op. cit.*, pp. 40-42.



general del nuevo tipo de dominio para aquel que hubiere recibido del dueño una cosa *mancipi* sin los formalismos de rigor; sin embargo, por la vía de la concreta y casuística concesión de diversos *medios procesales de protección*, va perfilando el nuevo tipo del dominio bonitario, distinto del dominio quirritario, considerando la manera o modo en que se entiende realizada la enajenación: el dominio de las cosas *mancipi* —bajo la tutela jurisprudencial clásica— se entenderá en esencia adquirido sin necesidad de los formalismos típicos de la época arcaica (*mancipatio, in iure cessio*), bastando la concurrencia de la *traditio* (simple entrega material) fundamentada en una causa que la justifique, siendo ésta por lo común un contrato, por ejemplo una venta.

### C. Medios de protección concedidos

a. La excepción de cosa vendida y entregada (*exceptio rei venditae et traditae*). Se concede al bonitario que está todavía en posesión de la cosa *mancipi* para que se oponga a la *rei vindicatio* deducida por el enajenante.

b. La acción publiciana (*actio publiciana*). Corresponde a la *rei vindicatio* que, con otra nomenclatura y fundándola el pretor en la ficción de haberse cumplido el plazo para usucapir, la concede al bonitario que ha perdido la posesión de la cosa *mancipi* con el fin de que obtenga su restitución.

A raíz de toda esta protección pretoria, el *dominium* aparece en la era clásica como escindido, dividido en un *dominium ex iure quirritium* que en las referidas circunstancias quedaba prácticamente privado de eficacia y por ello nominado como *nudum ius quirritum* (nuda o desnuda propiedad quirritaria), y un tipo de dominio reconocido por el derecho pretoriano con los términos “*in bonis habere*” o “*in bonis esse*” que confería el goce efectivo de la cosa.

La situación “*in bonis*”, precisamente desde el punto de vista del “sistema de acciones” imperante en el pensamiento jurídico romano y en las praxis de la era clásica, la describe magistralmente Modestino en *Digesto*, 41, 1, 52: “*Rem in bonis nostris habere intellegimur quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recipendam eam actiones habemus*” (“Se entiende que tenemos una cosa en nuestros bienes cuando poseyéndola tenemos excepción o, perdiéndola, acción para recuperarla”).

En la era postclásica, el dominio *in bonis* se fue concibiendo cada vez más con los perfiles de un verdadero y pleno derecho de propiedad dentro de un progresivo decaer de los antiguos formalismos.

D. *Extensión de la actio publiciana a la adquisición "a non domino".  
Pervivencia en las fuentes justinianas*

La *actio publiciana* se llega también a utilizar para proteger al adquirente "*a non domino*", vale decir, al que recibe una cosa (*mancipi* o *nec mancipi*) de quien no era dueño o no tenía poder de éste para enajenarla. En virtud del principio: "nadie puede transferir a otro un derecho que no tiene" (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) tal acto de disposición en que ha faltado la calidad de dueño en el enajenante, no transfiere el dominio y el adquirente será un *possessor* que tendrá la posibilidad de transformarse en *dominus* por el transcurso del tiempo mediante la usucapión.

Se trata entonces de una situación distinta de la "*in bonis*". Estrictamente, en ésta el acto enajenativo adolece de falta de formalidad, habiendo debido concurrir precisamente por la naturaleza *mancipi* de la cosa.

En la situación *a non domino*, la cosa puede ser *mancipi* o *nec mancipi* y en ella el acto enajenativo adolece de falta de calidad de dueño en el enajenante y, aun cuando el modo de adquisición empleado haya sido idóneo atendida la naturaleza de la cosa, no resulta transferido el dominio en razón del principio anteriormente transcrito (*nemo plus iuris*, etcétera).

La acción publiciana terminó, en la era clásica, por proteger específicamente al adquirente *a non domino* en caso que hubiere perdido la posesión de la cosa —estando en vías de usucapir— y antes de cumplirse el plazo de la usucapión. Como la *rei vindicatio*, la *publiciana* tiene por objeto accionar judicialmente para obtener la restitución de la cosa de manos de cualquiera que la tuviese en su poder.

En las fuentes justinianas ya no se distingue entre dominio quirritario y bonitario porque ha desaparecido la distinción de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*, y la *actio publiciana* se aplica por ello sólo para la protección del adquirente *a non domino*.

E. *El dominio en las tierras provinciales*

La propiedad no se concebía por los romanos si no estaba exenta de tributos. Ahora bien, de tal inmunidad gozaban solamente los pre-

dios situados en suelo itálico (peninsular) y las tierras extra itálicas a las que se les hubiere concedido el mismo privilegio (*ius italicum*). El dominio de las tierras provinciales era del Estado romano, proyectado en sus componentes "*populus romanus*" y "*principis*". Al pueblo romano pertenecían las tierras de las provincias administradas directamente por el Senado (provincias senatoriales). Al príncipe, las tierras administradas directamente por él (provincias imperiales).

Sin embargo, los particulares o colonos asentados en suelo provincial, sin poder tener la calidad de *dominus* por las razones referidas, tenían el goce, calificado en las fuentes como "*possessio et usufructus*" y ejercitaban de hecho sobre esas tierras un señorío pleno.

Sometido el suelo itálico a tributo por Diocleciano en el 292 d. C., cesó la base y fundamento del diferente tratamiento de las tierras del orbe romano y desde entonces —producida la nivelación— se admitió también el *dominium* en el suelo provincial, calificado desde antiguo genéricamente como *ager publicus* (tierra pública).<sup>23</sup>

## 5. ADQUISICIÓN DEL DOMINIO

### A. *Los modos de adquirir*

Los hechos jurídicos a los cuales el derecho romano reconoce la eficacia de atribuir a una persona el señorío pleno sobre una cosa, se llaman habitualmente "*modos de adquirir*".

Hoy en día se distingue entre "modos de adquisición originarios" y "modos de adquisición derivativos". El modo es originario cuando la propiedad se constituye independientemente de toda relación jurídica con terceros. Es derivativo en la situación inversa, vale decir, cuando se adquiere con base en una relación o acto jurídico con el propietario anterior. Pero esta clasificación no es romana.<sup>24</sup>

De manera explícita, en las fuentes romanas sólo aparece la clasificación gayana, esto es, aquella que distingue entre modos del *derecho de gentes* y modos del *derecho civil*: De esto que llevamos dicho, resulta entonces que la propiedad se puede transferir ya sea por el derecho natural, como sucede con la "*traditio*", o por el derecho civil, como en efecto ocurre con la "*mancipatio*", la in "*iure cessio*" y la "*usucapio*"

<sup>23</sup> Vid., Topasio Ferretti, Aldo, *La posesión inscrita en el derecho romano*, Valparaíso, Edeval, 1978, p. 55.

<sup>24</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 132.

que son derechos propios de los ciudadanos romanos —señala Gayo en *Institutas*, II, 65.

Eran modos de adquirir del derecho de gentes o “*naturales adquisiciones*”: *La ocupación, la accesión, la tradición*. Pertenecen también a los modos de adquirir de este tipo ciertas figuras jurídicas que tienen por fundamento —como la ocupación— una apropiación posesoria justa: la adquisición de frutos, el hallazgo del tesoro, la especificación.<sup>25</sup>

Eran modos de adquirir del derecho civil *la mancipatio*, la *in iure cessio*, la *usucapio*. Se incluye también en esta categoría la *adjudicatio*

## B. De los modos de adquirir *iure gentium*

### a) La ocupación

La ocupación es un modo de adquirir el dominio *iure gentium* o *naturali ratione* fundada en la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño (*res nullius*) o que ha sido abandonada por éste (*res derelictae*).<sup>26</sup> La adquisición de la posesión (disponibilidad corporal) de la cosa sin dueño, hace precisamente por ello —sin más— propietario al adquirente. Conforme las categorías modernas, la ocupación es un modo originario.

El hecho jurídico que configura este modo de adquirir se funda específicamente en la apropiación material de la cosa corporal. Es entonces, como otros modos de adquirir *iure gentium*, una “apropiación posesoria justa”.<sup>27</sup>

Se podían adquirir las cosas *quae terra mari caelo capiuntur*, esto es, los animales silvestres o del bosque (selva), los pájaros y los peces.

Los jurisconsultos Gayo y Florentino, explican en *Digesto*, libro 41, título I, 1, 2, 3, 4 y 5, los aspectos básicos de esta institución.

Gayo: (I) “Así, pues, todos los animales que son cogidos en la tierra, en el mar o en el aire, esto es, las bestias silvestres, y las aves y los peces, se hacen de los que los cogen”.

Florentino: (2): “O los que de ellos nacieron en nuestro poder”.

<sup>25</sup> D’Ors, *op. cit.*, p. 119. En el mismo sentido Francisco Samper, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

<sup>26</sup> Respecto de las *res derelictae*, se distinguió si la cosa era *mancipi* o *nec Mancipi*: las primeras no se adquirían inmediatamente por quien las ocupaba. Debían ser usucapidas. Las *nec Mancipi* eran inmediatamente ocupables. Justiniano sancionó como principio general esta segunda doctrina, en *Instituciones*, 2, 1, 47.

<sup>27</sup> Samper, *op. cit.*, p. 138.

Gayo (3): “Mas lo que no es de nadie se concede por razón natural al que lo ocupa”.

1. “Y no importa, en cuanto a las bestias silvestres y a las aves, que uno las coja en su propio fundo, o en el ajeno. Mas el que entra en un fundo ajeno para cazar bestias o aves se le puede prohibir con derecho por el dueño, si éste lo viere, que entre”.

2. “Mas cualquiera de estos animales que hubiéremos cogido se entiende que es nuestro en tanto que está sujeto a nuestra custodia; pero cuando se hubiere evadido de nuestra custodia, y hubiere recobrado su libertad natural, deja de ser nuestro, y se hace otra vez del que lo ocupa”.

3. “A no ser que amansados se hayan acostumbrado a irse y volver”.

4. Gayo: “Mas se entiende que recobra su libertad natural, o cuando haya desaparecido de nuestra vista, o cuando de tal modo esté a nuestra presencia, que sea difícil su persecución (cuando ha perdido el hábito de volver a su dueño *‘animus revertendi’*)”.

Eran ocupables también las cosas *hostiles*, vale decir, las cosas pertenecientes al enemigo. Así, Celso en *Digesto*, 41, I, 51, 1: “y las cosas de los enemigos, que están en nuestro poder, no se hacen públicas, sino de los que las ocupan”.

En su calidad de *res nullius*, era también ocupable la isla nacida en el mar (*insula in mare nata*) (Gayo, *Digesto*, 41, I, 7, 3).

También las cosas preciosas encontradas (*inventae*) en la orilla del mar, pertenecían al primero que se apropiase de ellas. Sobre esto, Florentino en *Digesto*, 1, 8, 3, señala: “Asimismo las piedras preciosas, las perlas y las demás cosas que encontramos en las riberas (*litore*), se hacen inmediatamente nuestras por derecho natural”.

En los últimos años del siglo IV d. C., habiéndose dejado incultas y abandonadas por sus dueños tierras situadas en los confines del Imperio en razón de haber quedado expuestas a las incursiones germánicas (*agri deserti*) se permitió su ocupación si se cultivaban. En el *Código* de Theodosio II, 5, 11, 12 y en el *Código* de Justiniano, 11, 58, 8, se regula así esta situación: “El que abandonándola su dueño se apresura a cultivar en provecho tanto privado como público campos desiertos, sitios ora lejos, ora en las lindes, sepa que nuestra respuesta asiste a su voluntad; pero de suerte, que si un nuevo cultivador se hubiere establecido en un terreno vacante y abandonado, y el antiguo dueño hubiere querido reclamarlo para su derecho dentro de un bienio, obtenga poderío sobre su propio terreno, habiendo restituido primeramente lo que constare que se gastó. Porque si hubiere transcurrido el tiempo de un

bienio, carecerá de todo derecho de posesión y de dominio el que guardó silencio”.

### b) La accesión

Es otro modo de adquirir del derecho de gentes y originario. Una cosa corporal perteneciente a un tercero —por obra del azar o por voluntad de uno solo de los dueños— puede adherirse a otra integrando un todo homogéneo. Presuponiendo que una cosa sea principal y la otra accesoria, resulta que en tal circunstancia, el dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesoria, vale decir, de la que cede (*cedit o accedit*).

En caso que ninguna de las cosas adheridas tuviera carácter de cosa principal surgía un *condominio* entre los que habían sido propietarios exclusivos de las cosas adheridas.

Para los romanos, era cosa principal aquella que determinaba la esencia y la función del todo.

Si la cosa accesoria era separable, su dueño tenía el derecho de accionar en contra del propietario de la cosa principal mediante la *actio ad exhibendum* para que exhibiera la cosa accesoria y así, presentada en forma separada e individualizada, poder reivindicarla.

En cambio, el modo de adquirir accesión se presenta como una solución jurídica irreversible si la unión es orgánica, sólida y duradera. En otros términos, si la unión no es separable, la adquisición es irrevocable.

Considerando que la acción conlleva para una persona la pérdida de una cosa (la accesoria), procede el pago de la correspondiente indemnización. Si esta indemnización no era entregada voluntariamente por quien había aumentado su patrimonio, se podía intentar varios recursos procesales, particularmente la acción de dolo (*actio doli*).

Los casos de accesión, entendida ésta en el sentido de incremento definitivo de la cosa principal, se agrupan habitualmente en tres categorías: accesión de cosa mueble a cosa mueble, de cosa mueble a cosa inmueble y de cosa inmueble a cosa inmueble.<sup>28</sup>

Se consideraban casos de accesión de mueble a mueble: la *ferruminatio*, la *textura*, la *tinctoria*, la *scriptura* y la *pictura*.

<sup>28</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 135.

- a. Hay *ferruminatio* cuando a un objeto metálico se suelda una pieza del mismo metal “como si a una estatua de bronce se le une, también mediante bronce, un pie de igual sustancia”.<sup>29</sup>
- b. En las fuentes se entiende que hay *textura* cuando hilos de púrpura se incorporaban a la tela ajena. En *Instituciones*, Justiniano 2, 1, 26, se explica: “Mas si alguno entretejió en su vestido púrpura ajena... cede al vestido por vía de accesión...”
- c. Hay *scriptura* cuando se escribe en pergamino, papiro u otro material ajeno. Lo escrito accede a éste.
- d. En la *tinctoria*, la tinta o colorante accede a la tela.
- e. En la *pictura*; según Paulo, la pintura es accesoria y por tanto cede a la tabla (o lienzo). Según Gayo, en cambio, “*tabulam picture cedere*” (*Institutas*, II, 78). La opinión de Gayo es la acogida en el derecho de Justiniano (*Instituciones*, 2, 1, 34).

Se consideran casos de accesión de mueble a inmueble: *satio* (siembra), *implantatio* (plantación) e *inedificatio* (edificación realizada en fundo ajeno).

Se trata de tres situaciones en que se incorporan cosas corporales muebles en un predio ajeno, respecto de las cuales regía el principio “*superficies solo cedit*”, esto es, que se entiende siempre como cosa principal el suelo (*solo*) y el dueño de éste se hace —por tanto— dueño por accesión de todo lo que a él se unía, adhería o incorporaba. Siempre cede al suelo lo sembrado, plantado o edificado en la superficie.

Proceden, desde luego, las indemnizaciones correspondientes.<sup>30</sup>

En fin, constituyen casos de accesión de cosa inmueble a cosa inmueble los siguientes: *avulsio*, *alluvio*, *insula in flumine nata* y *alveus derelictus*.

Había *avulsio* (el nombre es de los comentaristas) cuando por el ímpetu de la corriente fluvial se desmembraba una parte de un predio y ésta se unía a otro predio río abajo (*Digesto*, 41, 1, 7, 2).

Respecto al *alluvio* (aluvión) Gayo explica: “...Se considera agregado por aluvión aquello que un río va añadiendo a un campo nuestro de manera tan paulatina que no podemos estimar la cantidad que va acreciendo en cada momento determinado. Es por ello que vulgarmente

<sup>29</sup> Samper, *op. cit.*, p. 141.

<sup>30</sup> Lo plantado debía echar raíces para que el dueño del suelo lo adquiriera. En cuanto a los materiales de construcción podían, por el contrario, reivindicarse si la conjunción perdía efecto. La jurisprudencia clásica permitió que el propietario de los materiales —en la *inedificatio*— los recupera (*ius tollendi*) siempre que el acto de separar los materiales no provocara deterioro en el edificio (*Digesto*, 6.1, 38).

se dice que se acrece por aluvión cuando el agregado es tan insensible que nuestros ojos no han podido percibirlo” (*Institutas*, II, 70).

*Insula in flumine nata*: “En cuanto a la isla nacida en medio de un río, ella es propiedad común de todos aquellos que poseen fundos en ambas riberas; en cambio, si ello no está en medio del río, pertenece a aquellos que tienen los fundos ubicados en la orilla más próxima (Gayo, *Institutas*, II, 72).

El *alveus derelictus*, esto es, el lecho abandonado por el río, el cual corría por uno nuevo, accedía a los predios contiguos.

Las accesiones de inmueble a inmueble reseñadas, se agrupan genéricamente en la categoría de los “*incrementos fluviales*”.

*La especificación*. Es otro modo de adquirir del derecho de gentes y originario. Se le puede ubicar además en la categoría de las “apropiaciones posesorias justas”. Tenía lugar cuando una materia de otro, y por obra propia, se transformaba en una cosa que tenía una nueva individualidad (*novam speciem facere*), Gayo explica en *Institutas*, II, 79: “Así, si con mis uvas (. . .o con mis espigas) tú has hecho vino o trigo, se pregunta si el vino o el trigo es tuyo o es mío. También. . . si con mi lana hicieras un vestido. . . Algunos estiman que debe atenerse a la materia y sustancia, es decir, que aquel de quien es la materia, ese debe ser considerado como el propietario de la cosa producida; tal es la solución preferida por Sabinus y Cassius. Otros, en cambio, consideran que la cosa pertenece al que la ha hecho, y tal ha sido la solución preferida por los autores de la escuela opuesta (proculeyanos) dado que ellos entienden que aquel de quien es la materia prima tiene una acción contra aquel que le ha hecho hurto de la cosa, lo que no impediría el ejercicio de una ‘*condictio*’, ya que si bien no se pueden reivindicar las cosas extinguidas, ellas pueden ser el objeto de la ‘*condictio*’ contra los ladrones y ciertos otros poseedores”.<sup>31</sup>

*Adquisición de frutos*. En el concepto romano, los frutos no tienen existencia sino desde que se separan de la cosa productora. Antes, no son más que parte constitutiva de la cosa que los produjo, cosas futuras. En consecuencia, en el pensamiento jurídico romano no se concebía una propiedad independiente sobre los frutos antes de la separación;

<sup>31</sup> Cuando se mezclan líquidos (*confusio*) o sólidos (*conmixtio*) sin que ninguna de las cosas mezcladas se pueda decir principal y sin que resulte tampoco una *nova species*, en tales casos el derecho romano no reconocía cambio de propietario, sino la existencia de una *comunidad* o condominio al que se podía poner término mediante la *actio communi dividundo* o bien por la *rei vindicatio pro parte*. Vid., Argüello, L. R., *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976, p. 239.



pero una vez separados, éstos pertenecían desde luego, al propietario de la cosa que los había producido.<sup>32</sup>

También personas distintas del propietario adquirirían los frutos al momento de la separación: por ejemplo el poseedor de buena fe.

En cambio, adquiriría los frutos por medio de la percepción, y no por la simple separación, el usufructuario, el arrendatario rústico. Percibir el fruto significa más que separarlo. La percepción consiste en un “acto específico de posesión”,<sup>33</sup> vale decir, un acto en el que concurre la voluntad del adquirente unida al acto material de apoderamiento. La simple separación puede ser “por cualquier causa, *v. gr.*, por el propio peso, o por la acción del viento”.<sup>34</sup>

*Adquisición del tesoro.* Paulo en *Digesto* 41, 1, 31, 1, indica: “Un tesoro (*thesaurus*) es cierto antiguo depósito de dinero del cual no queda memoria, de suerte que ya no tenga dueño, pues de este modo se hace del que lo hubiere encontrado, porque no es de otro”, y distingue el tesoro del dinero, de las cosas muebles preciosas que se hubieren enterrado por causa de custodia: “. . . pero si alguien hubiere escondido bajo tierra alguna cosa por causa o de lucro o de miedo, o de custodia, esto no es tesoro; y respecto de ello se comete también hurto”.

En el siglo II d. C., el emperador Adriano (117-138), dispuso que el tesoro era por entero de quien lo había descubierto en el propio predio, pero concedió la mitad a quien lo había descubierto por azar en predio ajeno. “El hallador del tesoro debía compartir (desde Adriano) la propiedad con el dueño del inmueble, lo que constituye un premio legal por el hallazgo y no una ocupación”.<sup>35</sup>

El hallazgo del tesoro (*inventio*) no se identifica con la *occupatio*. Las fuentes no dicen en parte alguna en relación al tesoro de “*occupare*” sino de “*invenire*”.<sup>36</sup>

### c) La tradición

*De la causa y del modo.* En las adquisiciones *derivativas*, la relación puramente obligatoria (contrato) es un derecho romano insuficiente para

<sup>32</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 141.

<sup>33</sup> Samper, *op. cit.*, p. 139.

<sup>34</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 237.

<sup>35</sup> D'Ors, *op. cit.*, p. 120.

<sup>36</sup> “Todo indica —aclara Iglesias— que una y otra figura discurren por caminos distintos. Si a la *inventio* se aplicaran los principios de la *occupatio*, correspondería al *inventor* la totalidad del tesoro, si bien surgiera después la obligación de entregar la mitad al dueño. Ni se identifica, por otro lado, con la *accessión*, porque habría de reconocerse al dueño del fundo como dueño del entero tesoro, aunque luego viniera

transferir el dominio. No produce efecto real<sup>37</sup> —en general— el contrato únicamente genera derechos personales. Servirá, por tanto, solamente de fundamento o causa de la transferencia: como el contrato de venta (*emptio*); también la donación (*causa donandi*), la dote (*causa dotis*) y todo otro negocio jurídico obligatorio destinado a operar —en función de causa— una traslación del dominio.

Para que opere la traslación del dominio, además de la causa ya referida, es preciso que se cumpla con la entrega (*traditio*) de la cosa corporal singularizada en el negocio jurídico traslativo; en otros términos, el que transfiere (*tradens*) debe conferirle la disponibilidad o posesión de la cosa al que adquiere (*accipiens*). Siendo el tradens dueño de la cosa, la tradición o entrega que de ella haga —fundada en la justa causa— operará la adquisición del dominio en el accipiens.

De manera que la tradición es un acto jurídico, un *modo de adquirir*, que no se justifica por sí solo; no se concibe en forma autónoma, independiente o “nuda” transfiriendo el dominio. Precisamente la naturaleza de la causa a “titulus” —en concepto de los escolásticos— que la antecede, define o califica si la entrega que se hace de una cosa corporal opera o no el traspaso del dominio.

Así como los simples o “nudos” pactos (o contratos) no sirven por sí solos para operar el traspaso del dominio “. . . *non nudis pactis transferentur*” (Código de Justiniano, II, III, 20), tampoco la “nuda traditio” opera ese efecto sin fundarse en un título o causa: Paulo, *Digesto*, 41, 1, 31: “la nuda tradición nunca transfiere el dominio si no se hubiere precedido venta o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega”.

No constituyen justas causas de tradición aquellos títulos que, atendida su propia naturaleza, no estaban destinados por el derecho romano para el traspaso de la propiedad, como el arrendamiento o el comodato. La entrega de una cosa corporal hecha en cumplimiento de una obligación generada o causada en uno de estos títulos o causas procuraba simplemente el uso de la cosa mas no su dominio. En esencia, no había allí “traditio”.

*Concepto de tradición.* Con los elementos de juicio expuestos, podemos concluir que la tradición (*traditio*) es por tanto, la entrega de una

obligado a entregar la mitad al *inventor*. Es lo cierto que el *dominus* y el *inventor* adquieren a la vez e inmediatamente.” Iglesias, *op. cit.*, p. 267.

<sup>37</sup> Excepcionalmente, producen directamente este efecto ciertos negocios formales o rituales de adquisición como la *mancipatio* (venta solemne). Además, respecto de ciertos *iura in re aliena*, véase Topasio, “El efecto real del contrato en el derecho romano”, *Estudios de derecho romano, cit.*, p. 103.

cosa corporal realizada por una persona a otra, con la intención correlativa de transferir y adquirir el dominio y fundada en una justa causa o “*titulus*”. *Ejemplos de tradición*: La entrega que el vendedor hace al comprador de la cosa vendida. La entrega que el donante hace al donatario de la cosa donada, etc. Cualquiera que sea la naturaleza del título traslativo (venta, donación, etc.), para los efectos de identificar a los sujetos en el acto trasmisivo mismo —el acto de “*tradere*” (hacer tradición)— se les califica con los nombres de “*tradens*” (transferente) y “*accipiens*” (adquirente).

*Ubicación y aplicación de la traditio como modo de adquirir*. Gayo ubica claramente la tradición entre los modos de adquirir *iure gentium* o *naturales acquisitiones* “. . . la propiedad se puede transferir ya por el derecho natural como sucede con la ‘*tradio*’ . . .” y explica, además, en *Institutas* II, 19 y 20, su aplicación: (19) “En efecto, las res ‘*nec mancipi*’ se enajenan de pleno derecho a un tercero por la simple ‘*tradio*’, toda vez que sean cosas corporales y por ello susceptibles de tradición.” En II, 20, agrega: “Así, si a ti te hago ‘*tradio*’ de un vestido, o de oro o de plata, sea a título de venta o de donación o por cualquier otra causa, la cosa es inmediatamente tuya, siempre y cuando que yo sea el dueño de ella.”

La tradición es ineficaz para la transferencia de las cosas *mancipi* las que requieren para ello de actos solemnes específicos (Ej. *Mancipatio*). Sin embargo, procura la situación llamada “*in bonis*” analizada precedentemente.

#### *Requisitos de la tradición. Síntesis:*

- a. La cosa entregada debe ser *nec mancipi*, en la era clásica.
- b. La *tradio* debe fundamentarse en una justa causa, según hemos explicado precedentemente.
- c. *Voluntad o intención y también capacidad del tradens y accipiens*. La intención debe referirse a querer traspasar y adquirir —correlativamente— el dominio. En cuanto a la capacidad, aunque sea propietario no puede enajenar el pupilo sin la “*auctoritas tutoris*”, etcétera.
- d. *El traspaso material de la cosa por parte del tradens al accipiens* a fin de que éste la tenga a su disposición. Es un acto que, en esencia, coloca al *accipiens* en posesión de la cosa corporal. Si el *tradens* era verdaderamente dueño de la cosa, en virtud del traspaso material el *accipiens* será un *dueño-poseedor*. Si no, simplemente poseedor con la expectativa de adquirir el dominio por la *usucapio*.

La entrega de la cosa fue desde un comienzo un acto material: el traspaso de la cosa mueble de mano a mano; en el caso de inmuebles, el ingreso al predio y recorrido del mismo (“*circumambulare glebam*”).

Gradualmente esta rígida concepción fue perdiendo vigencia, consagrándose formas de tradición en las cuales el elemento espiritual (intencional) prevaleció por sobre el material. En la época renacentista, los intérpretes o comentaristas resumieron estos modos en el término genérico de “*traditio ficta*”, queriendo con ello expresar directamente que la tradición se realizaba sin el traspaso material de la cosa, pero operando iguales efectos transmisivos del dominio, o bien de la sola posesión.<sup>38</sup>

### C. Evolución posclásica y justiniana de la tradición de inmuebles

Una constitución imperial de Theodosio I (el Grande), Arcadio y Honorio del año 394 d. C., confirma la distinción del contrato obligatorio seguido de tradición para entender cumplido el acto enajenativo. Pero tratándose específicamente de inmuebles, agrega ciertos requisitos que sientan las bases de una inscripción o registro de la transferencia inmobiliaria: “Pero si el pacto contuviere predios rústicos o urbanos, para que se les transfiera extiéndase escritura, sígase la tradición corporal y *den actas testimonio* de que el asunto así quedó cumplido, porque de otro modo no pueden pasar a nuevo dueño, ni separarse del antiguo dominio.” La exigencia del acta testimonio (*gesta testentur*) se difundirá en la fase posclásica o del bajo Imperio (imperio absoluto).

Bajo el imperio absoluto, se busca —en la legislación oficial— una mejor garantía en la publicidad de las transferencias de inmuebles, cada vez más disminuida por el proceso de espiritualización de la entrega material. Favorece la nueva corriente la gradual penetración de la *scriptura*, de origen heleno-oriental, que encuentra su concreción romana en la “*instrumenta pública*”, la que facilita una práctica perfilada hacia

<sup>38</sup> En el ámbito de las cosas muebles, “la entrega de una llave supone la del cofre que abre, o la de las cosas que se encuentran en un almacén que la llave cierra”; también mediante marcas o colocando un vigilante junto a las cosas que fueron dejadas por el *dans* (*tradens*). Inclusive se admite como verdadera traditio el hecho de que quien posee a nombre de otro, continúe poseyendo en el propio, sin que haya traslado material de la cosa (*traditio brevi manu*), pero el caso inverso de que el poseedor continúe como simple detentador (*constitutum possessorium*) no llega en época clásica a tener consideración de *traditio*, pues falta el requisito esencial de la aprehensión posesoria por parte del accipiens. Samper, *op. cit.*, p. 143.

finde de la era clásica, de registrar (*translatio gestorum*) los negocios jurídicos, particularmente las enajenaciones inmobiliarias, ante un funcionario facultado al efecto.<sup>39</sup>

La *traditio* constada en acta demuestra una meditada voluntad de la potestad legislativa de atribuirle al documento una importancia decisiva en materia de transmisiones posesorias, aun cuando, todavía, en el texto de Theodosio I, probablemente por un fingido obsequio al derecho clásico, se mantiene el requisito de la entrega corporal, por lo que la exigencia de su posterior registro —su constancia en acto público— no puede entenderse como equivalente a dicha entrega, ni menos entender que el acta testimonio opera como un sustituto de la tradición. La constitución de Theodosio se mantiene en un punto de equilibrio; busca conciliar elementos clásicos con los nuevos factores propios del siglo IV. Pero —indudablemente— se sientan las bases de elementos registrales inmobiliarios que seguirán evolucionando hasta la época de Justiniano.

En efecto, bajo este emperador se dicta una *lege* identificada como Novella CLXVII que en lo pertinente expone: “. . . y también a los que por virtud de ciertos contratos han de recibir cosas (inmuebles), y han de hacer de su propio derecho tal posesión o dominio, juzgamos que son necesarios en las provincias los testimonios de los defensores, para que en actas hechas con la autoridad de ellos se declare que se hace la tradición. . .” (“*ut actis eorum auctoritate confectis declaretur, traditionem fieri*”).<sup>40</sup>

El acta testimonio que da fe de la tradición conforme lo dispuesto en esta Novela 167, constituye un elemento —en el ámbito transmisivo inmobiliario— que, liberado del factor “*traditio corporalis*” instituye una singular tradición instrumental por la vía del registro de la declaración que al efecto hacen tradente y adquirente (en el sentido de que “hacen tradición”) ante el funcionario público habilitado, personalmente o representados.<sup>41</sup>

#### a) Efectos de la tradición

Para que la tradición opere como modo de adquirir el dominio, el tradente debe ser dueño de la cosa que entrega al accipiente. En virtud del principio: “nadie puede transferir a otro más derechos de los que

<sup>39</sup> Topasio Ferretti, Aldo, *La posesión inscrita en el derecho romano*, cit., p. 26.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 89.

tiene" (Ulpiano, *Digesto*, 50, 17, 54) si el que entrega no es el dueño o no está autorizado por él, el *accipiens* sólo iniciará una posesión que lo habilitará —concurriendo además el requisito de la buena fe— (creencia de haber recibido la cosa del verdadero dueño) para adquirir la cosa por *usucapión* si la posesión se prolonga por un año cuando la cosa es mueble, o dos si es inmueble.

#### D. *Modos de adquirir el dominio del ius civiles* ("civiles acquisitiones")

##### a) Mancipatio

En su origen, la *mancipatio* constituye una venta solemne exclusiva de los ciudadanos. Antes de la era clásica, se presenta con los caracteres de una verdadera compra en donde se paga un precio real por una cosa *mancipi*, concurriendo cinco testigos y un portabanzas que pesa realmente las barras de bronce rudas (moneda que vale por el peso y no por su número; barras de bronce nominadas *aes rudes*).

El adquirente (*mancipio accipiens*) realiza un acto de aprehensión solemne (*manu capere*) de la cosa presente (o de un trozo representativo del inmueble) afirmando que es suya: "afirmo que esto es mío por el derecho de los Quirites",<sup>42</sup> declarando acto seguido que la cosa "la compra por el bronce y la balanza" procediéndose a hacer entrega efectiva al vendedor y enajenante (*mancipio dans*) de las piezas de bronce pesadas en la balanza.

La fórmula de la *mancipatio* puede ser modificada o ampliada, siempre que no se trate de insertar condiciones o plazos, que van contra la naturaleza del acto mancipatorio, el cual está concebido para operar un traspaso inmediato del dominio considerando en particular, las declaraciones del *mancipio accipiens*, que afirman un derecho actual y no futuro. La *mancipatio original* —venta verdadera y solemne aplicada a la adquisición del dominio de la *res mancipi*— "aparece en la era clásica, no ya como verdadera compra por un precio real, sino como pura solemnidad para constituir la propiedad, figurando en ella, como precio, meramente formal, una moneda (*mancipatio nummo uno*). Con ello, la *mancipatio* se hace negocio *abstracto*, es decir, independiente

<sup>42</sup> D'Ors, *op. cit.*, p. 118. Cabe precisar que esa primera parte del ritual de la *mancipatio* está tomada de la declaración del demandante en la *rei vindicatio*, acción que no será excepcionada en razón de que el *dominus* está realizando la *mancipatio* precisamente porque quiere enajenar la *res mancipi*.

de una causa determinada que lo justifique, lo que permite la gran variedad de sus aplicaciones”.<sup>43</sup>

Al enajenante (*mancipio dans*) no se exige declaración alguna. Sin embargo, era costumbre pronunciar imperativamente determinadas frases sobre particularidades de la cosa vendida: extensión de la finca, existencia o inexistencia de servidumbres u otros gravámenes. Estas expresiones orales se consideran verdaderas *leges privatae* (*nuncupatio*, *legum dictio*) y tienen por tanto fuerza vinculatoria conforme lo atestigua la propia Ley de las XII Tablas: “*Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.<sup>44</sup>

El *mancipio dans*, con su presencia (“*auctoritas*”), estaba obligado a garantizar el traspaso de la propiedad de la cosa, de manera que si ésta no le pertenecía, vale decir, cuando vendía una cosa que no era suya, estaba obligado en virtud de la *actio auctoritatis* a pagar el doble del valor del objeto vendido.<sup>45</sup>

En el transcurso de la era clásica se aplica con frecuencia la *mancipatio* en el tráfico jurídico, no obstante la gradual penetración del modo *iure gentium* “*traditio*”. Pervive aún en el siglo IV d. C., siendo suprimida finalmente por Justiniano quien sustituye —en los textos clásicos— el término “*mancipatio*” por “*traditio*”.

### b) In iure cessio

También la *in iure cessio* es un modo formal de adquirir el dominio perteneciente al *ius civile*, aunque de aparición posterior a la *mancipatio*. Gayo la describe en *Institutas*, II, 24: “*La in iure cessio* tiene lugar de la siguiente manera: ante el magistrado del pueblo romano, por ejemplo ante el pretor (o ante el gobernador de provincia) aquel a quien la cosa es cedida ‘*in iure*’ (*accipiens*) teniendo la cosa en la mano dice así ‘*Yo digo que esta cosa es mía de acuerdo con el derecho de*

<sup>43</sup> D’Ors, *op. cit.*, p. 119.

<sup>44</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 282.

<sup>45</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 278. Si el *mancipio dans* no declara cuál es la verdadera extensión del predio, el *mancipio accipiens* dispone también de otra acción: la *actio de modo agri* por la que obtiene el doble del valor de la cabida que falta. Si el *mancipio dans* no es el dueño de la cosa mancipada, no opera el traspaso del dominio. El principio “*nemo plus iuris ad alium transfere potest*” se aplica por tanto en los modos derivativos *iure gentium* como en los formales del *ius civile*. Y en ambas situaciones procede la ulterior adquisición por usucapio. Si en el transcurso del tiempo que exige la usucapio es desposeído por efecto de la *rei vindicatio*, dispone de la *actio auctoritatis* ya indicada arriba, que lo indemniza por el duplo del valor de la cosa mancipi.

los *quirites*...". En seguida después que éste ha hecho su "*vindicatio*" (fórmula de la *rei vindicatio*), el pretor pregunta a aquel que *cede* (dueño-enajenante) si hace la "*contra vindicatio*"; si se niega o se calla, el pretor efectúa la "*addictio*" de la cosa a aquél que ha hecho la "*vindicatio*".<sup>46</sup>

La *addictio* constituye la esencia del acto ritual de adquisición en análisis y es una "forma antigua de decisión constitutiva que consiste en la adhesión del magistrado a una declaración hecha *in iure* por el actor en su propio favor".<sup>47</sup> En la *in iure cessio*, el pretor adhiere a la declaración del adquirente quien, ficticiamente ha afirmado que la cosa le pertenece no siendo contradicha su afirmación por el dueño (cedente o transferente).

Por ello ha podido afirmarse que la *in iure cessio* es un proceso ficticio o "aparente, de reivindicación".<sup>48</sup>

Se aplica a la constitución o extinción de derechos de señorío sobre cosas *mancipi* y también *nec mancipi* ya sea respecto del dominio o de otros derechos reales como el usufructo (recordemos que el usufructo, según la concepción clásica de inspiración gayana es una cosa incorporal, y que "...casi todas las cosas incorporales son *nec mancipi*, excepto las servidumbres de los predios rústicos. ." Gayo, *Institutas*, II, 17).

Finalmente, un comentario de Gayo sobre la utilidad de la *in iure cessio*: "Sin embargo, la mayoría de las veces y por así decir siempre, usamos nosotros la '*mancipatio*', ya que aquello que podemos hacer por nosotros mismos en presencia de nuestros amigos (testigos), no nos interesa hacerlo con mayor dificultad ante el pretor o ante el gobernador de provincias" (*Institutas*, II, 25).

### c) La usucapición

Es un modo de adquirir el dominio *iure civile* basado en la posesión —*usus*—<sup>49</sup> de una cosa por un tiempo determinado. Los clásicos agregan a la posesión continuada por un tiempo, el requisito de la justa causa y la buena fe. Modestino en *Digesto*, 41, 3, 3, la define diciendo: "La usucapición es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley".

<sup>46</sup> Di Pietro, *op. cit.*, p. 90.

<sup>47</sup> Samper, *op. cit.*, p. 134.

<sup>48</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 283.

<sup>49</sup> "Usus" corresponde al concepto *possessio* en el lenguaje jurídico antiguo.



La *usucapio* “tiene como función consolidar a la propiedad defectuosa”;<sup>50</sup> buscando otra expresión, se puede afirmar también que “responde a la necesidad de convertir en propietario a quien no es tal”.<sup>51</sup>

Esta finalidad de la *usucapio* tiene dos casos típicos de aplicación en la era clásica:

a. Convierte en propietario *ex iure quiritium* al que tiene la cosa *in bonis*. En otros términos, transforma al propietario bonitario en propietario de derecho civil. La usucapición remedia aquí la falta de cumplimiento de la forma solemne en la transferencia de la cosa *mancipi*. En esencia el bonitario es un poseedor de la cosa frente *al ius civile*, y tiene la expectativa de usucapir conforme lo establece la Ley de las XII Tablas.

b. Convierte en propietario de derecho quiritarario o del *ius civile* al que adquirió una cosa de una persona que no era realmente el dueño (adquisición *a non dominio*). El adquirente en este caso inicia una posesión que —presumiéndose de buena fe— lo habilita para adquirir el dominio por *usucapio*. Este modo de adquirir remedia aquí la falta de calidad de dueño en el enajenante, sea la cosa *mancipi* o *nec mancipi*.

La Ley de las XII Tablas establecía requisitos simples: posesión de la cosa corporal por un tiempo específico: un año para los muebles y dos para los inmuebles. Agregaba la exigencia de la ausencia de hurto: “las cosas furtivas —*res furtivae*— no pueden ser usucapidas”.<sup>52</sup> En la época clásica, los jurisconsultos, desarrollando la idea de que se debe entrar legítimamente en posesión de la cosa para que sea procedente la usucapición, fundada esta idea en el principio de la ausencia de hurto, fijan otros dos requisitos esenciales. Uno, de carácter objetivo: la posesión basada en una justa causa o justo título; y otro de carácter subjetivo: la buena fe del poseedor que está a la expectativa de usucapir.

Los requisitos de la *usucapio*, paulatinamente desarrollados por el ordenamiento jurídico romano se resumen en los siguientes:

- a. *Cosa idónea (res habilis)*. No pueden usucapirse las *res furtivae*; las *extra commercium*; las poseídas con violencia (*vi possessae*).
- b. *Título o “iusta causa”*. Se trata de un requisito objetivo; constituye un negocio jurídico destinado a transferir el dominio: *mancipatio*; *venta (emptio)*; donación (*donatio*), etcétera, (seguidos estos dos últi-

<sup>50</sup> D’Ors, *op. cit.*, p. 130.

<sup>51</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 290.

<sup>52</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 291.

mos títulos de la correspondiente tradición para que opere el efecto transmisivo de las cosas *nec mancipi*). Desde el punto de vista “originario” se cita el título “*pro derelicto*”, relativo a la ocupación de una cosa *mancipi* abandonada por su dueño.<sup>53</sup>

Estos títulos constituyen condiciones objetivas que hubieran sido suficientes para operar la adquisición del dominio. Son las mismas “justas causas” de la *traditio*. Pero debido a la falta de calidad de dueño en el enajenante, o atendida la naturaleza de la cosa (*mancipi*) el adquirente no recibe el *dominium*; inicia solamente una posesión (*possessio*) legitimada precisamente por la existencia del título, esto es, una *possessio civilis*, elemento para usucapir.

En caso de enajenación de una cosa *mancipi* sin observarse la *mancipatio*, hay ausencia de una causa civil de adquisición. Pero conforme los criterios clásicos, si ha existido venta u otra justa causa traslaticia —seguida de *traditio*— hay de todos modos “*titulus*”, aunque insuficiente, por la ausencia de forma solemne, para operar la adquisición del *dominium*. Aquí no hay falta de calidad de dueño en el enajenante sino un vicio de forma que no permite la adquisición del dominio, pero que habilita al adquirente para que también inicie una posesión legítima, idónea para usucapir (*possessio civilis*). Este caso, de adquisición de una cosa *mancipi* sin solemnidad, que configura la situación del propietario bonitario es esencialmente clásico; por ello, la usucapio se proyecta hacia la era postclásica especialmente en función de modo corrector de aquellas adquisiciones realizadas “*a non domino*”, vale decir, para convertir al poseedor que adquirió de un “no dueño” en propietario. Ejemplo típico: venta de cosa ajena.

El ordenamiento jurídico de Roma no hace un reconocimiento genérico de “justos títulos”. En las fuentes éstos suelen indicarse con la preposición *pro* (“*como por*”) y el nombre del negocio jurídico de que se trata. Ejemplo: “*pro donato*” (“*como por donación*”).

Con ello, en esencia, las fuentes quieren significar que se adquiere por usucapición “*como por donación*”, “*como por compra*”, etcétera. Así, Paulo en *Digesto*, 41, 6, 1: “Adquiere por usucapición como por donación. . . (“*Pro donato is usucapit. . .*”). En la usucapición se adquiere pues, el dominio, mirando la causa de adquisición de la posesión civil.

<sup>53</sup> Además de las causas o títulos derivativos (*pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*), cuyos efectos transmisivos se vinculan fundamentalmente con la tradición, existen algunas causas que se pueden calificar de originarias como el título “*pro derelicto*”, que se vincula con la ocupación.

*Pro emptore.* Cuando el vendedor ha hecho *traditio* de una cosa ajena, la compraventa (*emptio-venditio*) constituye una justa causa, un “*titulus*” que habilita al comprador para usucapir, pues ha realizado un negocio jurídico traslativo que le ha permitido —con la *traditio*— iniciar una *possessio* que tiene precisamente al título de *venta* como su legítimo fundamento (*Digesto*, 41, 3, 48).

*Pro donato.* Cuando se ha recibido una cosa en donación de quien no es dueño. El donatario, en situación similar al comprador, dispone de la usucapio para convertirse —de *simple possessor*— en *dominus*. El título (*donatio*) —seguido de tradición— hubiera sido suficiente para justificar la adquisición de la propiedad y no de la sola posesión. Pero, igual que en el caso de la venta, ha existido un vicio de fondo: la falta de calidad de dueño en el enajenante, lo que, si bien ha impedido la transferencia de la propiedad, deja abierta la posibilidad de su ulterior adquisición por la usucapición (*Digesto*, 41, 6; *Código de Justiniano* 7, 27).

*Pro dote.* Cuando una persona entrega una cosa que pertenece a otro, en dote. En *Digesto* 41, 9, dice Ulpiano: “Hay un título de usucapición, y ciertamente justísimo, que se llama ‘como por dote’ (*pro dote*); de modo que el que recibe una cosa en dote puede usucapirla por el espacio de tiempo legal, así como suelen adquirir por usucapición los compradores (*pro emptore*).”

*Pro derelicto.* Si en virtud de la “*occupatio*” una persona se apoderaba de una cosa abandonada, tratándose —en la era clásica— de cosas *mancipi*, no bastaba con ocuparlas. Debían ser usucapidas. Las *nec mancipi* en cambio, una vez ocupadas, se adquirían inmediatamente. Justiniano sancionó como principio esta segunda doctrina en *Instituciones*, 2, 1, 47: “Por cuya razón parece ser más verdadero, que si alguno hubiere ocupado una cosa tenida como abandonada por su dueño, se hace inmediatamente propietario de ella.

## E. Fides

Otro requisito de la *usucapio*, tanto en la era clásica como postclásica fue el de la buena fe (*bona fides*) del poseedor al tiempo de adquirir la *possessio*.<sup>54</sup> El concepto de que la buena fe es un elemento de ca-

<sup>54</sup> Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción de José Santa Cruz T., 1960, p. 344.

rácter subjetivo (intencional) distinto, separado de la justa causa (o *titulus*) es postclásica: “no hay apoyo textual seguro para sostener que esta doctrina provenga de la jurisprudencia clásica”.<sup>55</sup> En general, se admite en la época clásica la existencia de una “*posesión de buena fe*” cuando tal posesión se sustenta en una *iusta causa*, particularmente en una compra-venta, prototipo del negocio jurídico en que concurre la buena fe.

Hacia la era postclásica es un requisito con perfiles independientes de la justa causa, subjetivo, y que de ordinario, se funda en la creencia errónea de considerar al enajenante dueño de la cosa. Sin embargo, “*in genere*” la doctrina romanista está más acorde en que consiste nada más en “la conciencia de no lesionar —con la toma de posesión de la cosa— el derecho ajeno”.<sup>56</sup>

Está claro que bajo Justiniano, la mala fe sobreviniente (después de adquirida la posesión) no impide usucapir.

La buena fe se presume en el poseedor, y corresponde a la parte contraria probar que falta. En cambio, la prueba del título incumbe al que posee y está a la expectativa de usucapir.<sup>57</sup>

#### F. *Possessio*

Para que se pudiera usucapir, se requería una detentación de la cosa con *animus domini*, que unido a los requisitos de la justa causa y buena fe configuraban la *possessio ad usucapionem* o, como señalan algunos, “*possessio civilis*”. No bastaba por tanto una simple *possessio ad interdicta* como aquella del acreedor prendario, y tampoco la de aquello que detentando una cosa —sin protección interdictal— como el usufructuario, el arrendatario, estaban obligados a restituir, no pudiendo éstos mudar o cambiar su posición respecto a la cosa mediante un simple acto de voluntad. Así, Paulo, en *Digesto*, 41, 2, 19: “También se determinó por los antiguos, que nadie podía cambiarse a sí mismo la causa de la posesión”.

La posesión debía ser ininterrumpida. Esto significa que debía ser continua y no perderse durante el tiempo prescrito. Según Paulo, *Digesto*, 41, 3, 2, la interrupción se produce por la usurpación: “*Usurpatio est usucapionis interruptio*”. Ésta, aunque haya durado un momento, requiere el reinicio de una nueva posesión.

<sup>55</sup> Samper, *op. cit.*, p. 148.

<sup>56</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 148.

<sup>57</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 297, *supra* y nota 313.

También se interrumpe la posesión en la época de Justiniano por demanda judicial: *Código*, 7, 40, 2: "...désele facultad (al dueño de la cosa) para dirigirse al presidente de la provincia o para presentarle la demanda, y para deducir esto en la querrela dentro de los plazos establecidos, y hacer la interrupción del tiempo; y que baste esto para la plenísima interrupción".

En el derecho clásico, en cambio, la contestación de la *litis* en la acción de reivindicación, promovida por el dueño, no interrumpía la usucapión: Paulo, *Digesto*, 41, 4, 2, 21: "Si yo hubiere comprado una cosa ajena, y al usucapirla yo, su dueño me pidiere la misma cosa, no se interrumpe mi usucapión por la contestación de la demanda". Sin embargo, si el poseedor demandado consumaba la usucapión en el transcurso del juicio, estaba obligado a restituir (si el dueño, desde luego, lograba probar su derecho).

### G. *Tempus*

La Ley de las XII Tablas, requería dos años para los inmuebles y un año para todas las otras cosas.

Bajo Justiniano se produce un aumento en los plazos: la adquisición del dominio por *usucapio* requiere de tres años para los muebles. Si se trata de inmuebles, diez años entre presentes (residentes dueño y poseedor en la misma provincia) y veinte entre ausentes (residentes en distinta provincia).

#### a) La *longi temporis praescriptio*

La usucapión como modo de adquirir el dominio civil (quirritario), no era aplicable a los predios provinciales. Por esta razón, en la segunda mitad del siglo II d. C., se introdujo, "por la vía de las constituciones imperiales" el instituto de la *longi temporis* o *longae possessionis praescriptio*, en virtud de la cual el poseedor de un fundo provincial podía defenderse contra la acción interpuesta por un reivindicante, *exceptiōnándose* en la circunstancia de que su posesión se funda en justa causa y buena fe, y durante más de diez años *inter praesentes* y veinte años *inter absentes*, según que las partes habitasen en la misma ciudad o en ciudad distinta: en la misma provincia o en provincias diversas estableció después Justiniano.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Di Marzo, *op. cit.*, p. 150

En el transcurso de la época postclásica (desde Constantino) se consagró además la institución de la *longissimi temporis praescriptio*, excepción cuyo efecto era el de extinguir las acciones; no era por tanto modo de adquirir el dominio, pero “permitía defender al poseedor de más de cuarenta años (treinta, desde Teodosio II), aunque poseyese sin justa causa, por la consideración de que las acciones del propietario quedaban extinguidas”. Justiniano dio a esta prescripción especial el carácter de *adquisitiva* cuando la posesión era de buena fe, aunque sin justo título, y restituyó el plazo de cuarenta años si operaba contra el Fisco o la Iglesia”.<sup>59</sup>

#### b) La agregación de posesiones en la usucapión

En la época clásica se admite la *sucessio possessionis*, esto es, que el heredero continúe la posesión iniciada por el difunto. El primero agrega a la suya, la posesión de este último. El difunto debe haber poseído con buena fe, aun cuando el heredero no la tenga. A la inversa, la mala fe del causante perjudica al heredero. Esto se explica porque en el ámbito sucesorio, la posesión es un hecho único que se continúa —se sucede— con las mismas calidades y vicios con que se inició.

Y no es preciso que el heredero tome posesión real de las cosas hereditarias. Así, Neracio, en *Digesto*, 41, 4, 40: “Se estableció que aun antes de adida la herencia se podía completar la usucapión comenzada por el difunto”.

La posibilidad de que el sucesor a título singular (como comprador, por ejemplo) agregue a la suya la posesión de su antecesor o *antecesores* constituye la *accessio possessionis*; es admitida en el derecho de Justiniano. En *Digesto*, 44, 3, 15, 1 dice Venuleyo: “La accesión de la posesión se hace, no solamente por el tiempo que la cosa estuvo en poder de aquel de quien uno la compró, sino también por el que estuvo en poder del que se la vendió al que tú se la compraste” (“*Accessio possessionis fit non solum temporis. .*”).

La posesión del transferente accede al adquirente con sus calidades y vicios de modo que, para los efectos de usucapir, debe aquella provenir de un antecesor de buena fe. Caso contrario, y si el sucesor a título singular está de buena fe, éste puede iniciar *ex novo* una *possessio ad usucapionem*.

<sup>59</sup> Samper, *op. cit.*, p. 151.

### c) Adjudicatio

La partición de una comunidad hereditaria o bien de una copropiedad adquirida inter vivos se realiza en función del pronunciamiento que hace el *iudex* en los respectivos juicios divisorios. Tal pronunciamiento o resolución es en derecho romano un *modo de adquirir* el dominio *pro parte divisa*, pues adjudica a un condómino una parte singularizada de la comunidad para que ejerza separada e independientemente su dominio sobre esa parte que le ha correspondido en la división.

Para dividir una herencia común, procede la *actio familia erciscundae*. Para partir otras indivisiones, la *actio communi dividundo*. También es procedente la *actio finium regundorum* para reglar los confines de las propiedades colindantes.