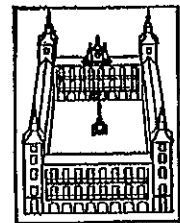


**BARRY NICHOLAS**  
Profesor de Derecho Romano  
de la Universidad de Oxford

# INTRODUCCION AL DERECHO ROMANO

Traducción de  
**MIGUEL ANGEL PALACIOS MARTÍNEZ**



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

1987

## CAPITULO TERCERO

### DERECHO DE LA PROPIEDAD

#### Introducción. El Derecho de las cosas

En la clasificación de las *Instituciones*, la segunda parte del Derecho, con mucho la más extensa, se refiere a las cosas (*res*). *Res*, como «cosa», es una palabra evasiva, y los juristas romanos, tal como es su costumbre, dejan que su significado emerja de su uso. En su sentido más simple, denomina meramente un objeto físico —una mesa, una casa, un trozo de tierra—, pero para el jurista también hay cosas abstractas, cosas que sólo existen en la imaginación, como una deuda, un derecho de paso, y muchas otras. El denominador común de estos dos tipos de cosas es que ambos son bienes con valor económico; GAYO y JUSTINIANO hablan del Derecho de las cosas en este amplio sentido. Es esa parte del Derecho que rige la creación, transmisión y disfrute de los bienes económicos —de la propiedad en su sentido más amplio—. Empleando el lenguaje de los derechos, la ley de las cosas comprende todos aquellos derechos que se pueden evaluar en términos monetarios. Por tal razón, excluye los derechos que emergen del Derecho de las personas, como los derechos del padre sobre sus hijos, o el propio derecho a la libertad, puesto que normalmente resulta imposible darles una valoración monetaria. No obstante, en tal sentido el Derecho de las cosas abarca una parte tan amplia del Derecho privado que resulta inevitable hacer una división ulterior. En GAYO se discierne una división en tres partes, el derecho de propiedad (o cosas en un sentido estricto), el de sucesión y el de obligaciones. Dicha división, mantenida por Justiniano, sigue siendo uno de los rasgos más característicos del Derecho civil<sup>1</sup>, pero ofrece un cierto número de dificultades y ha sido modificada de diferentes maneras en los códigos modernos. Se pone de manifiesto una dificultad: al menos superficial-

<sup>1</sup> En boca de un jurista de Derecho consuetudinario, es un romanismo consciente.

mente, ésta es una división en elementos incomparables. La propiedad y las obligaciones son dos tipos de bien, mientras que la sucesión no representa un tercer tipo (de hecho, la división en propiedad y obligaciones es exhaustiva), sino un sistema de adquirir los otros dos, como, por ejemplo, cuando un heredero hereda los bienes de un difunto. Esté o no esté esta crítica plenamente justificada<sup>2</sup>, nos da una razón para dejar aquí al menos el orden de las *Instituciones* y ocuparnos de la propiedad y las obligaciones antes de comenzar con la sucesión.

### 1. Diferencias fundamentales

#### A) PROPIEDAD Y OBLIGACIONES: ACCIONES Y DERECHOS «IN REM» E «IN PERSONAM»

Los bienes de un hombre son propiedad u obligaciones. La diferencia entre ambas es la diferencia entre que algo se posea o se deba. Así, los bienes de un hombre pueden ser su casa y sus muebles, que él posee, su saldo bancario, que pese a que muchos hablan de «tener dinero en el banco», es una deuda debida por el banco, y su derecho respecto a su sueldo sin abonar, que es asimismo una deuda. Por supuesto, la cuestión de sus bienes suele ser más complicada que esto, pero recaerán en una de estas dos categorías. Por ejemplo, si se trata del dueño de una tienda, poseerá, supongamos, su

<sup>2</sup> Para Gayo y, por lo tanto, para Justiniano, la serie de pensamientos que conduce al tratamiento de la sucesión inmediatamente después de la propiedad es la siguiente: en ambos tratamos de los métodos de adquisición de las cosas, siendo la materia de que trata el Derecho de propiedad la adquisición de cosas únicas (es decir, individuales), y la del Derecho de sucesión la adquisición de la totalidad de la hacienda de un hombre (adquisición *per universitatem*, véase pág. 302 y sigs.); por consiguiente, es adecuado tratar los dos tipos de adquisición juntos. Por supuesto, queda todavía la objeción de que la adquisición *per universitatem* puede incluir obligaciones, pero el razonamiento indica una diferencia de énfasis entre el método de exposición de Gayo y el de un escritor moderno. Gayo, y en menor medida Justiniano, se interesan mucho más en los métodos de adquisición y pérdida (de estado en el Derecho de las personas, de los distintos tipos de cosas en otros puntos) que en la naturaleza y contenido de lo que se está adquiriendo y lo que se pierde (cfr. pág. 92). El orden de tratamiento es, por lo tanto, mucho menos forzado de lo que lo sería en un libro que enfatizara de otra forma. Cfr. F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, pág. 96 y sigs.

tienda y las existencias comerciales; puede haber pedido, pero no recibido, más mercancías a un mayorista y, desde el punto de vista romano, éstas serán aún propiedad del mayorista, pero se le deberán (y si no ha pagado todavía por ellas, consecuentemente deberá su precio); puede haber entregado mercancías a crédito a sus clientes, y aquí, obviamente, tenemos otra deuda. Puede haber adquirido el fondo de comercio de un antiguo competidor y ello, una vez más, constituye una deuda —en este caso el deber del deudor no es; como en los anteriores, pagar una cantidad de dinero o suministrar mercancías, sino el de abstenerse de apelar a sus clientes anteriores.

La diferencia entre poseer y deber la expresa el jurista romano en la distinción que hace entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. Toda reclamación es a un tiempo *in rem* e *in personam* y hay una división infranqueable entre ambas. Una acción *in rem* hace valer una relación entre una persona y una cosa, y una acción *in personam*, una relación entre personas. Por ello, la acción *in rem* (*rei vindicatio*) típica, hace valer el que una cosa material pertenece al demandante y la más simple de las acciones *in personam* (*condictio*) hace valer que el demandado debe una cantidad de dinero o una cosa material al demandante. Los romanos no piensan en términos de derechos, sino de acciones, pero, en esencia, una acción hace valer un derecho sobre una cosa y la otra un derecho contra una persona, y de aquí nace la moderna dicotomía entre derechos *in rem* y derechos *in personam*. Obviamente, no puede haber controversia entre una persona y una cosa, y por ello, incluso en una acción *in rem* tiene que haber un demandado, pero el demandado no está ahí porque se afirme que tiene alguna obligación respecto al demandante, sino porque mediante algún acto, está negando el derecho afirmado del demandante. En la *rei vindicatio* está denegando la propiedad del demandante al estar en posesión de la cosa reclamada. Y así, nuestro hipotético propietario de la tienda puede hacer valer la propiedad sobre sus existencias comerciales planteando una acción *in rem* contra cualquier persona a cuyas manos puedan ir a parar. Por ejemplo, si sus mercancías resultan robadas, puede reclamárselas al ladrón, o a cualquiera que posteriormente las

haya adquirido, tanto si lo hizo de buena fe como si no. Por otra parte, su derecho respecto a los sucesivos sumi-  
nistros que haya pedido, incluso suponiendo que pueda iden-  
tificarlos, es *in personam*, y por ello se puede hacer valor úni-  
camente contra el mayorista. De esta forma puede decirse que  
el derecho *in rem* es un derecho del que se dispone contra  
personas en general, en contraste con lo que sucede con el  
derecho *in personam*, del que se puede disponer contra una  
persona o personas determinadas<sup>3</sup>. Los derechos *in rem* son  
objeto del derecho de propiedad, los derechos *in personam*  
del de obligaciones. ¿Cuál es la importancia práctica de la dis-  
tinción entre acciones *in rem* y acciones *in personam*? Pode-  
mos empezar haciendo hincapié en que, en la forma, una  
acción *in rem* no es una acción que obligue al demandado a

<sup>3</sup> Por supuesto, ésta no es la forma en que un romano lo habría  
puesto, y muestra que una vez que los derechos en lugar de las accio-  
nes se han convertido en el concepto principal, la estricta dicotomía  
romana resulta difícil de mantener. La propiedad es el derecho típico  
*in rem*: está protegida mediante una acción *in rem* (*rei vindicatio*) y  
del que se puede disponer frente a personas en general. Y, sin embar-  
go, también puede decirse que está protegida mediante acciones *in*  
*personam*. Si mi libro va a parar a manos de alguien que niega mi  
titularidad, yo hago valer mi propiedad mediante una acción *in rem*,  
pero si alguien negligentemente o con premeditación lo daña, yo plan-  
teo una acción *in personam* contra él —ha cometido un delito y, por  
lo tanto, contrae la obligación de satisfacerme que nace de ese delito  
(página 282 y sigs.).— El jurista romano no va más allá de esto, pero  
el jurista moderno da un paso más en la investigación. Considera el  
Derecho en términos de derechos y deberes, y el deber de satisfacer  
por el daño causado por incumplimiento de contrato deriva del deber  
anterior de cumplir el contrato. Dice que, por lo tanto, ha de haber  
un deber con respecto a personas en general para que no dañen mi  
propiedad, y un derecho correlativo con respecto a mí frente a las  
personas en general. ¿Y qué es ese derecho sino un aspecto de la  
propiedad? Una acción *in personam* opera, por consiguiente, para pro-  
teger un derecho *in rem*, y la dicotomía romana queda desdibujada.  
De forma similar, yo puedo apelar a una acción *in personam* si al-  
guien me insulta (pág. 278 y sigs.). Ese alguien ha cometido un delito  
y está obligado a darme satisfacción. Pero este deber debe derivar del  
incumplimiento de un deber anterior de no insultar a otros, y estos  
otros han de tener un derecho correlativo a no ser insultados —un  
derecho frente a personas en general—. ¿No debería éste, por lo tan-  
to, calificarse de derecho *in rem*? ¿O más bien no deberían descri-  
birse los derechos *in rem* como grupos de derechos *in personam*? El  
jurista de Derecho consuetudinario se siente estimulado en esta forma  
de pensamiento (desde la desaparición del primitivo mandamiento de  
Derecho) por no tener ninguna acción *in rem* en su propio sistema.  
Si un jurista de Derecho consuetudinario desea hacer valer la propie-  
dad de su libro, debe afirmar que el demandado está deteniéndolo o  
apropiándose de él ilícitamente, en resumen, que está cometiendo un  
agravio. Véase pág. 291.

devolver la *res*. (Este es el sentido que le da el Derecho con-  
suetudinario al término «acción real».) Puesto que el proceso  
romano era fundamentalmente un recurso voluntario al arbi-  
traje, y puesto que no había un dispositivo para que el Estado  
hiciera cumplir las sentencias, el resultado de una acción con  
éxito lo mismo *in rem* que *in personam*, equivalía simplemen-  
te a una orden para que el demandado pagara una cantidad  
de dinero al demandante, y, era al demandante a quien co-  
rrespondía hacerla cumplir, si era necesario, mediante la  
ejecución en la persona o en los bienes del demandado. En  
un sistema de este tipo no hay lugar a sentencias de restituc-  
ción específica, o de actuación específica. Y no obstante, tras  
todo lo dicho, podemos añadir que en muchas acciones *in*  
*rem* al demandado, de hecho, se le obligará a devolver el ob-  
jeto reclamado. Este contraste entre el resultado formal y el  
real de una acción se alcanzó por medio de un recurso muy  
sencillo. La fórmula de la acción llevó al juez, si le daba la  
razón al demandante, a ordenar al demandado que pagara el  
valor de la cosa, pero sólo si éste dejaba de entregársela al  
demandante<sup>4</sup>. A primera vista, esto sólo daba una opción al  
demandado y no le presionaba a tomar un camino en lugar  
del otro. Pero el demandante tenía otra arma más: se le per-  
mitía hacer su propia estimación del valor de la cosa. Es  
cierto que dicha valoración se hacía bajo juramento, pero el  
demandante podría normalmente lograr su propósito sin des-  
viarse de la línea que separa el optimismo y el perjurio, y  
el juez, según parece, no sería en todo caso lo suficientemen-  
te astuto como para trazar dicha línea. No obstante, este  
rasgo no sirve para establecer una diferencia entre acciones  
*in rem* y acciones *in personam*, ya que se encuentra en am-  
bas, aunque en esta última sólo excepcionalmente.

La respuesta a nuestra pregunta<sup>5</sup> quizá pueda hallarse  
mejor comparando dos interpretaciones que se pueden hacer

<sup>4</sup> La fórmula completa de la *vindicatio* dice lo siguiente: «Si según  
parece la cosa en cuestión pertenece al demandante de acuerdo con  
el Derecho civil (*ex iure Quiritium*), entonces, a no ser que por orden  
del juez el demandado devuelva la cosa, que el juez condene al de-  
mandado a pagar al demandante el valor de la misma. Si según pa-  
rece no es así, que el juez absuelva al demandado.»

<sup>5</sup> La primera respuesta propia de los juristas romanos podría haber  
sido que la importancia práctica estriba en el «proceso intermediario»  
(cfr. MATILAN, *The Forms of Actions at Common Law*, pág. 76), es

de una venta. Si A está de acuerdo en comprar el libro de B por un precio determinado, el Derecho romano le da a A un derecho *in personam* inmediato respecto a la entrega del libro (y a B un derecho concurrente respecto al pago del precio), pero a A no le otorga un derecho *in rem* hasta que el libro haya sido realmente entregado. Sin embargo, algunos otros sistemas le otorgan a A ambos derechos, *in rem* e *in personam*, apenas se ha cerrado el trato<sup>6</sup>. La diferencia entre estas dos interpretaciones reside en sus efectos respecto a terceros. Hay dos situaciones típicas.

i) B tiene todavía el libro y simplemente se niega a entregarlo. Aquí, dejando aparte la cuestión considerada en la página anterior, normalmente no tendrá importancia si A procede *in rem* o *in personam*. En ambos casos obtendrá el valor de la cosa en dinero. Pero B puede ser insolvente y entonces la distinción será crucial. Puesto que, en caso de que la reclamación de A sea sólo *in personam*, ésta ocupará su lugar juntamente con las reclamaciones de todos los demás acreedores que vayan contra los bienes insuficientes de B, mientras que, si es *in rem*, A, por así decirlo, podrá sacar el libro de la quiebra de B y, por consiguiente, satisfacer su reclamación por completo, porque en tal caso ya no es un acreedor, sino un propietario.

ii) El libro ha pasado de las manos de B a las de C —por ejemplo, B ha convencido a A para que pague el precio por anticipado, y luego le ha vendido y entregado el libro a C (esto, o una variante de esto, es uno de los fraudes más corrientes), o bien C lo ha robado y se lo ha comprado a un ladrón—. En tales casos, la interpretación romana concede un recurso a A, si es que tiene alguno, sólo contra B, mientras que las demás interpretaciones le consienten proceder contra B o C. Como es natural, una vez más, dicha diferencia tendrá una importancia real sólo cuando B sea insolvente o

decir, en las medidas que el demandante tomara si el demandado no defendía la acción. En una acción *in rem*, estaba autorizado simplemente a tomar la cosa, puesto que era frente a ésta a la que estribaba su pretensión, mientras que en una acción *in personam*, procedía contra la persona o la propiedad del demandado.

<sup>6</sup> Esta es en principio la posición del Derecho inglés, pero está tan determinado por normas especiales que el resultado práctico casi siempre es el mismo que en el Derecho romano (véase BUCKLAND y McNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 291 y sigs.).

haya desaparecido, pero ninguna de ambas posibilidades es en absoluto improbable. El hombre que vende a C incumpliendo su contrato con A no es fácil que espere a que se emprenda una acción contra él, e incluso en caso de que se le pueda aprehender, no es probable que sea solvente. El problema que ha de resolver el Derecho es la versión legal del eterno triángulo. Entre dos partes inocentes, ¿cuál ha de sufrir las consecuencias de la acción cometida por un tercero deshonesto? Puede no haber una solución que tenga aplicación práctica y, que al mismo tiempo, sea idealmente justa. La ley ha de escoger la que más interesa a la comunidad en general.

## B) CONTRATO Y TRANSMISIÓN

Hay otra laguna más en la ley romana entre derechos *in rem* y derechos *in personam*. Las formas en que éstos se originan se diferencian: el acto que crea un derecho *in personam* no crea un derecho *in rem* y viceversa. La aplicación más importante de este principio estriba en la distinción entre contrato y transferencia. Un contrato crea derechos *in personam* pero no puede crear o transmitir derechos *in rem*. Para ello es necesaria una transferencia, por ejemplo, una acción reconocida por ley como indicada a tal propósito. Acabamos de ver que en la venta de un libro, la propiedad no pasa al comprador por la celebración del contrato, sino por la entrega real del libro. La entrega es la transferencia. Si el objeto vendido no hubiese sido un libro sino una *res mancipi*, como un terreno o un esclavo, habría sido necesaria una transferencia formal mediante *mancipio* o *in iure cessio*<sup>7</sup>. Y de la misma forma, era necesaria una transferencia para la creación o transmisión de derechos *in rem* que no fueran la propiedad<sup>8</sup>. Esta separación entre contrato y transferencia arraiga en el sano, aunque inarticulado, principio de que los derechos *in rem*, puesto que en potencia afectan a todos,

<sup>7</sup> Véase pág. 146.

<sup>8</sup> Sin embargo, el principio no se mantenía inviolado ni siquiera en el Derecho clásico (por ejemplo, la creación de *hypotheca* mediante un simple acuerdo, pág. 202) y en el Derecho de Justiniano, cuando los trasposos formales desaparecieron, se olvidó ampliamente (cfr. página 162).

no se han de crear o transmitir en secreto, mientras que no existe la misma objeción por lo que respecta a la creación secreta de derechos *in personam*. De aquí que la transferencia romana sea esencialmente un acto público y visible. *In iure cessio* se produce en un tribunal público<sup>9</sup>. La *mancipatio*<sup>10</sup>, pese a ser en su forma un acto privado, exige la presencia de seis ciudadanos romanos, además de las partes, y la razón para un número tan grande debe haber sido el deseo de publicidad más que la necesidad de tener una prueba ulterior, ya que, como contraste, el contrato formal de *stipulatio*, que sólo creaba derechos *in personam*, se podría celebrar válidamente sin necesidad de ningún testigo. De la misma forma, la transferencia informal por medio de la entrega (*traditio*) implicaba en principio la transmisión visible del objeto mismo.

Sin embargo, hay un conflicto, al que tiene que hacer frente cualquier sistema legal, entre el interés de la comunidad en general en la publicidad de las transferencias y el deseo de los individuos de llevar sus asuntos en privado. En el Derecho romano, este último prevaleció con el tiempo en la mayoría de las cosas. En el Derecho clásico, ambos, *in iure cessio* y *mancipatio*, debieron ser totalmente ineficaces para garantizar la publicidad. Pues la *in iure cessio*, era por aquel entonces una forma muy vacía, y los seis participantes en la *mancipatio*, pese a que resultaban adecuados para una comunidad pequeña, no podrían representar un obstáculo para el secreto en una sociedad tan vasta como la Roma imperial. Incluso la *traditio*, que sustituyó cada vez más a las transferencias formales, pudo finalmente realizarse sin ninguna transmisión visible del objeto, de tal forma que en el Derecho romano tardío, como en Derecho inglés evolucionado, a menudo una transferencia, al igual que un contrato, no era más que un documento redactado entre las partes<sup>11</sup>.

El que la línea de separación entre el contrato y la transferencia resulte desdibujada es quizá inevitable en una so-

<sup>9</sup> Véase pág. 95.

<sup>10</sup> Véase antes, *ibid.*

<sup>11</sup> Véase pág. 162. Había una contienda similar para lograr el traspaso secreto en el Derecho inglés, culminando a principios del siglo XVII con el reconocimiento del sistema de un trato y una venta durante un plazo seguido de una cesión.

ciudad sofisticada y los sistemas modernos suelen emplear otros métodos para asegurar la publicidad relativa a la creación y transmisión de los derechos *in rem*. El único método totalmente efectivo es el registro, exigir que todas las creaciones y transmisiones se inscriban en un registro público. Este método se aplica cada vez más en el mundo moderno, pero obviamente en la práctica puede aplicarse sólo a la tierra (o a algunos bienes muebles excepcionalmente identificables, como los buques o los automóviles) e incluso así, no se puede poner en marcha sin una atenta vigilancia y un cuerpo de administradores experimentados. Esto era algo prácticamente desconocido para el Derecho romano<sup>12</sup>. Por lo que se refiere a los bienes muebles, la solución no puede ser sencilla. Como hemos visto, el Derecho romano en principio exigía una entrega real antes de que se transmitiera la propiedad. Mientras que dicha regla se pudo mantener estrictamente, fue posible decir que ninguna propiedad podía transmitirse sin que se transmitiera también la posesión, pero en cambio no se pudo decir que ninguna posesión pudiera transmitirse sin transmitir asimismo la propiedad. Esto habría significado simplemente que desaparecía la distinción entre propiedad y posesión. El ladrón habría poseído lo que había robado. Una regla menos extremada habría podido excluir al ladrón equiparando sólo al poseedor en *bona fide* (por ejemplo, el hombre que inocentemente compra al ladrón) con el propietario, pero esto habría significado una gran incursión en la inviolabilidad de la propiedad. Y ambas, la distinción entre propiedad y posesión y el carácter inviolable de la propiedad, eran fundamentales para el jurista romano<sup>13</sup>.

### C) CLASIFICACIONES DE LA «RES»

El Derecho romano clasifica las «cosas» de muy diferentes maneras según los distintos propósitos, pero aquí sólo hace falta considerar tres de dichas clasificaciones.

i) *Res mobiles, res immobiles*. Muchos, por no decir todos, los sistemas legales consideran necesario distinguir la tierra y

<sup>12</sup> Había algo por el estilo para la tierra en el Egipto romano, pero no está claro lo que era precisamente el efecto del registro.

<sup>13</sup> Véase pág. 148 y sigs., 174.

los edificios que a ella se asocian, de todas las demás propiedades, tanto por su importancia intrínseca, como por el hecho obvio de que no es posible moverla de lugar. El Derecho romano no es una excepción. Las Doce Tablas establecieron dos años como período para la adquisición por prescripción (*usucapio*)<sup>14</sup> de los inmuebles, mientras que uno era suficiente para los bienes muebles; y la distinción era significativa también para otros propósitos. Pero nunca logró la importancia crucial que, en la forma de definición entre propiedad real y personal<sup>15</sup>, tiene el Derecho inglés.

ii) *Res Mancipi, res nec Mancipi*. Una distinción mucho más importante en el Derecho civil original fue la peculiarmente romana entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. *Res Mancipi* eran los esclavos; las bestias de tiro y de carga (bueyes, caballos, asnos, mulas), la tierra itálica<sup>16</sup> y las servidumbres prediales rústicas (por ejemplo, los derechos de paso y de agua) sobre dicha tierra. Todas las demás cosas eran *res nec Mancipi*. La importancia práctica de la distinción era que la *res Mancipi* sólo se podía transferir por medio de la *Mancipatio* (de aquí el nombre) o *in iure cessio*; una mera entrega no tenía efectividad para transmitir la propiedad. Esta era la norma del Derecho civil, pero a finales de la República, el pretor concedió al recipiendario por entrega (el «precarista») casi todo el contenido de la propiedad<sup>17</sup>; y entonces la distinción pasó a formar parte de las reliquias técnicas que sirvieron para complicar el Derecho clásico. Se mantuvo nominalmente hasta que fue abolida por Justiniano.

<sup>14</sup> Véase pág. 166 y sigs.

<sup>15</sup> La distinción no es idéntica a la que hay entre bienes muebles e inmuebles y ahora tiene menor importancia de la que solía tener.

<sup>16</sup> Estrictamente, la tierra con capacidad de propiedad romana, y por lo tanto, originalmente, sólo la tierra romana. Cuando se amplió la ciudadanía romana, asimismo, se amplió la zona de tierra con capacidad de propiedad romana hasta que incluyó la totalidad de Italia. Más tarde, de forma ilógica, la ampliación cesó, excepto en que la tierra de algunas comunidades privilegiadas, por la concesión del *ius italicum*, se consideraba como si fuera italiana.

<sup>17</sup> Véase pág. 169 y sigs.

<sup>18</sup> Véase el informe clásico en MAINE, *Ancient Law*, ch. 8 (edic. «World's Classics», pág. 221 y sigs.), y para tratar puntos de vista más recientes, Jolowicz, *Historical Introduction*, 2.ª ed., pág. 139 y sigs., y 552 y sigs.

iii) *Res corporales, res incorporales*. Como ya hemos visto<sup>19</sup>, en la división tripartita que hace Gayo del Derecho en personas, cosas y acciones, hay una distinción implícita entre cosas materiales, como una mesa o una casa, y cosas abstractas, como una deuda o un derecho de paso. Gayo expresa la distinción en términos de *res corporales* y *res incorporales*. En la práctica es importante sólo por una razón. Las cosas incorpóreas no se pueden poseer; desde el momento en que la posesión exige esencialmente un soporte material y, por ello, no se pueden adquirir o transmitir por ningún método que implique la transmisión o adquisición de la posesión. En pocas palabras, las cosas incorpóreas no se pueden adquirir por *usucapio* ni transferir por *traditio*. La distinción, sin embargo, fue inicialmente académica y, como tal, los juristas en general no la emplearon. Pero fue recogida por Justiniano y por ello se convirtió en parte del lenguaje legal de Europa y, en cierta medida, del Derecho consuetudinario. Es una distinción oportuna e indudablemente corresponde a la forma de hablar corriente —un hombre dirá que ha comprado un lote de tierra, un derecho de paso sobre un segundo lote y una opción sobre un tercero—, pero si se analiza con rigor, es ilógica. Identifica la propiedad con el objeto poseído. La manifestación estrictamente comparable con «He comprado el derecho de paso sobre una parcela de tierra» no es «He comprado una parcela de tierra», sino «He comprado la propiedad de una parcela de tierra». En cada uno de los casos yo he adquirido un derecho, la única dife-

<sup>19</sup> Véase pág. 137.

rencia es que el derecho de propiedad es más amplio que el de paso. No obstante, los romanos prefirieron pensar en términos de bienes que de derechos, y contemplaron el derecho de paso y la tierra como bienes equivalentes. No sintieron necesidad de establecer una distinción clara entre la propiedad y su objeto, desde el momento que para ellos sólo se podían poseer las cosas corpóreas y, por consiguiente, la *res corporalis* cambia de significado de acuerdo con su contexto. Cuando los romanos dicen que sólo se puede poseer una *res corporalis*, se está refiriendo a la cosa misma; cuando hablan de la adquisición de una *res corporalis* se refieren a la adquisición de la propiedad.

#### D) PROPIEDAD Y POSESIÓN

La distinción más importante entre todas en el derecho de propiedad es la que hay entre propiedad y posesión. «La propiedad», dice ULPIANO, «no tiene nada en común con la posesión». Y, sin embargo, en gran medida, la posesión es el fundamento de la propiedad. De este modo, las *res nec mancipi corporales* se transfieren por *traditio*, o transferencia de la posesión, y el título por *usucapio* depende asimismo de la posesión. Vamos a examinar ahora esta aparente contradicción.

#### 2. Posesión

Hay una distinción obvia en el lenguaje corriente entre tener una cosa y tener derecho a tenerla. El ladrón no es el titular de lo que ha robado pero, pese a todo, tiene la cosa y, por el contrario, el hombre que ha empeñado su anillo sigue siendo su titular, pero quien tiene realmente el anillo es el prestamista. Esta diferencia entre ser el titular de una cosa y tenerla realmente está en el origen de la distinción que el Derecho romano, y menos enfáticamente el inglés, establece entre propiedad y posesión, pero el lego y el jurista tienen no obstante concepciones opuestas cuando hablan de posesión. Hay tres razones principales para ello. En primer lugar, el lego inglés habla frecuentemente de «posesión» cuando se refiere a «propiedad», sin duda porque normalmente es

propietario de lo que posee y posee aquello de lo que es propietario. De la misma forma, habla normalmente de lo que le pertenece como de sus «posesiones». Pero el jurista, aquí y en cualquier otro punto, ha de ser pedantemente exacto en el uso de los términos. En segundo lugar, el Derecho romano, y en muy pequeña medida el inglés, en algunas situaciones niega la posesión a la persona que realmente tiene la cosa en su poder y se la concede a alguien que no la tiene en su poder. Y en tercer lugar, la dificultad para determinar en casos particulares qué constituye una tenencia da origen, en ambos sistemas, a las reglas técnicas. Por las últimas dos razones, no se puede decir simplemente que el hombre que tiene la cosa también la posea, pero antes de seguir ahondando en esta materia, debemos considerar cuál es el significado práctico de tener la posesión con arreglo a la ley.

#### A) PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

En el Derecho romano, la posesión por sí misma sólo tiene la consecuencia legal más elemental: su protección. Sujeto a lo que se dirá más adelante, el poseedor tiene recursos por medio de los cuales puede impedir que otros se inmiscuyan en su posesión y mediante los cuales puede recuperar la posesión cuando alguien le despoje de ella. Dichos recursos se conocen por el nombre de interdictos posesorios. Su procedimiento, hasta el Derecho más reciente, es complicado y arcaico, aunque su funcionamiento es en su esencia sencillo. Por ejemplo, si A, que ocupa un terreno, es expulsado por B, puede obligar a B a devolvérselo a condición de que pueda cumplir dos requisitos: su ocupación debe haber equivalido a la posesión conforme a derecho, como se define más adelante; y esta posesión no debe haberse conseguido *vi* (por la fuerza), *clam* (en secreto), o *precario* (por donación pública testamentaria) de B.

Hay aquí tres características que deben tenerse particularmente en cuenta: i) El recurso únicamente es admisible contra el autor del despojo. Si B a su vez es despojado por C, o le entrega voluntariamente la tierra, A no tiene recurso contra C salvo que sea también propietario<sup>20</sup>, en cuyo

<sup>20</sup> En el Derecho clásico, esto no era necesariamente así con los

caso tiene una *vindicatio*. ii) El título de cualquiera de las partes es completamente irrelevante. El autor del desposeimiento ni siquiera puede alegar en su defensa que es el propietario. Lo que está en litigio en un interdicto posesorio es la posesión, y respecto a esto, según el punto de vista romano, la propiedad puede no tener importancia. Este es el significado de la máxima romana: «la propiedad no tiene nada en común con la posesión». La insistencia de los romanos sobre esta rígida separación lleva ciertamente, a un círculo vicioso. Si B es el propietario de la tierra de la que desposee a A, el triunfo de éste en el interdicto posesorio resultará efímero, desde el momento que B puede hacer valer inmediatamente su propiedad por una *vindicatio*. Pero este círculo vicioso era preferible a la confusión del nítido esquema de un concepto fundamental, y tendrá además la ventaja práctica de desalentar el tomarse la justicia por su mano<sup>21</sup>. iii) La posesión que se está debatiendo no debe haberse conseguido de la otra parte por medio de *vi, clam* o *precario*. No se trata de una cuestión de titularidad puesto que, por una parte, como acabamos de ver, no tiene importancia que sea el propietario quien haya obtenido la posesión «viciosamente», y, por otra, el «vicio» es sólo relativo: una posesión que entraña un «vicio» frente a una persona puede ser buena frente a otra<sup>22</sup>. Pues es irrelevante que el poseedor haya obtenido la posesión «viciosamente» de alguien que no sea el desposeedor. En el ejemplo anteriormente dado, en el que B es a su vez desposeído por C, B puede presentar un interdicto contra C, y C no puede objetar que la posesión de B fue obtenida *vi* de A. Dicha objeción es procedente sólo entre A y B.

#### B) LA IMPORTANCIA DE LA POSESIÓN

La ventaja principal del recurso de posesión estriba en la sencillez de la prueba. Debido a su carácter factual, la po-

bienes muebles. Pues con respecto a éstos, era suficiente si A había tenido posesión durante más tiempo que C en el año anterior. La razón de esta norma era presumiblemente la facilidad y frecuencia con que los bienes muebles pueden cambiar de manos. Sin embargo, había desaparecido en la época de Justiniano.

<sup>21</sup> Cfr. *The Assize of Novel Disseisin* del Derecho consuetudinario primitivo.

<sup>22</sup> «Adversus extraneos etiam vitiosa possessio prodesset solet» (contra terceros incluso es efectiva una posesión «viciosa»).

sesión es tan fácil de probar como difícil lo es la propiedad. Por lo tanto, incluso si A, que ha sido desposeído por B, cree ser el propietario, podrá, si es inteligente, proceder por medio de un interdicto posesorio en lugar de hacerlo por *vindicatio*, dejando de esta manera a B la carga de probar la titularidad en una posterior *vindicatio*. Como dice GAYO, el interdicto posesorio sirve para determinar cuál de las partes será demandada en una *vindicatio*.

Aunque la posesión en sí sólo tiene la única consecuencia legal de que el poseedor puede hacer valer o recuperar su posesión por un interdicto, tiene consecuencias mucho más amplias cuando se combina con otros factores. En particular, como dijimos anteriormente, radica en los dos sistemas más comunes de adquisición de propiedad, *traditio* y *usuca-pio*<sup>23</sup>, y ocupa por lo tanto un puesto central en el derecho de propiedad.

#### C) ¿QUIÉN OSTENTA LA POSESIÓN?

Existen, ya lo hemos dicho, dos razones por las que la respuesta a esta pregunta no puede ser simplemente la de que el hombre que tiene una cosa tiene su posesión. De hecho, tal respuesta encubre dos preguntas que deben considerarse por separado.

i) ¿Qué categorías de tenedores pueden en principio ostentar la posesión? La respuesta a esta pregunta es sencilla en el Derecho inglés. Cualquier tenedor es, en principio, un poseedor excepto un criado o una persona que tenga la cosa con un propósito temporal y limitado, como puede ser el maletero de una estación. En el Derecho romano es bastante distinto. Con pocas excepciones, quien tiene algo en virtud de un contrato con el propietario no puede poseer, como tampoco puede quien lo tiene ejerciendo un derecho *in rem* inferior a la propiedad (en términos modernos una *ius in re aliena*)<sup>24</sup>, por ejemplo, el usufructuario, que tiene lo que es en efecto propiedad de por vida o durante un período de

<sup>23</sup> También hay otras consecuencias tales como el derecho del poseedor en buena fe a los frutos (pág. 186), y el título por *occupatio* (página 176).

<sup>24</sup> Véase págs. 188 y sigs.

tiempo más corto. De estas dos limitaciones, la primera es la más importante. Excluye de la posesión no sólo al prestatario (*commodatarius*) y al depositario (*depositarius*), sino también al arrendador, incluyendo al arrendatario de tierras. Dichos tenedores no tienen, en consecuencia, recurso contra terceros que interfieran en su tenencia. Son tenedores en nombre del propietario, quien tiene la posesión a través de ellos. En el caso de un arrendamiento, por ejemplo, el arrendador, puede proceder indistintamente por *vindicatio* o por interdicto posesorio contra un tercero que obstaculice la ocupación del arrendatario de la tierra, pero el arrendatario sólo puede proceder *in personam* contra el arrendador por medio de una acción basada en el contrato. Esto puede resultar inoportuno si el arrendador, por ejemplo, está ausente o se muestra dilatorio. La exclusión de beneficiarios de *iura in re aliena* es de menor importancia práctica, porque siempre podían hacer valer su derecho por una acción *in rem*, y porque, de cualquier manera, al usufructuario se le ofrecía de su caso una variante (*utilis*) de los interdictos posesorios y, por lo tanto, a este respecto, tenía la posesión en todo excepto en el nombre. Sin embargo, quedaba todavía la importante consecuencia de que *iura in re aliena* no podía ni transferirse por *traditio* ni adquirirse por *usucapio*.

La lista de los que son tenedores sin poseer conforme a derecho es tan amplia que debemos dejar a un lado la normal suposición de que la «posesión» tiene en esencia el mismo significado en latín que en inglés, en el Derecho romano que en el Derecho inglés. Probablemente los romanos no entendían simplemente por «posesión» la tenencia de una cosa sino más bien tener una cosa a modo de propietario, la tenencia exclusiva de una cosa. No era, por tanto, una cuestión que necesitara explicación, como lo sería para nosotros, el que el prestatario o el arrendatario no tuvieran posesión. Porque esto naturalmente derivaba del significado de la palabra<sup>25</sup>. El prestatario es tenedor de igual manera que un

<sup>25</sup> Se ha sugerido que la etimología de la palabra lo corrobora. La última parte de *pos-sessio* deriva del verbo cuyo significado es «sentarse», y corresponde por lo tanto a la palabra alemana «Besitz» y la palabra original inglesa «seisin», y ambas significan literalmente el mero «sentarse» sobre una cosa. La derivación de la sílaba «pos» no es segura; pero si se relaciona con *posse* y *potestas*, el significado literal de *possessio* sería «sentado en el poder».

propietario. Su tenencia reconoce el derecho superior del prestador. A la inversa, si por incumplimiento de contrato deja de reconocer ese derecho e intenta ser tenedor en contra del prestamista, entonces adquiere posesión. Puesto que todo tenedor ilegal, aunque sepa que no es propietario, procura, sin embargo, retener la cosa en la medida de lo posible a modo de propietario.

El usufructuario igualmente, aunque en el tiempo considerado haya disfrutado plenamente como propietario, reconoce el derecho superior del propietario real. Existe, por supuesto, en el caso de dicha *iura in re aliena* la objeción más simple de que fueran cosas incorpóreas y, por lo tanto, como ya hemos visto, no pudiera poseerse. Esto es bastante fácil de entender en el caso de los derechos más limitados, tales como el derecho de paso. Pues la persona que está en «posesión» (es decir, en el disfrute *de facto*) de un derecho de paso, obviamente no pretende poseer la tierra sobre la que camina, y desde el punto de vista romano, no había nada más que pudiera poseer. No obstante, esto resulta más complejo en el caso del usufructuario, que en el tiempo considerado tenga el control exclusivo de la tierra (u otra cosa) sobre la que tiene el usufructo. ¿Por qué no debería, por tanto, tener la posesión, no ya el usufructo sino la tierra misma? Los mismos romanos se mostraban manifestamente incómodos por la denegación de la posesión en este caso y, en definitiva, como ya se ha mencionado, llegaron a un compromiso mediante la concesión de interdictos en forma *utilis*.

Incluso si admitimos que la *possessio* romana tenía un significado más limitado y fuerte que la «posesión» inglesa, quedan diversos casos anómalos de posesión que probablemente han de explicarse bien históricamente o por razones de conveniencia<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> El acreedor pignoraticio (es decir, la persona a quien se le entrega algo como garantía de una deuda) y el *sequester* (es decir, la persona a quien se le deja una cosa en depósito esperando la resolución de una disputa con respecto a ella); ambos poseen, y ambos tienen la tenencia de acuerdo con un contrato. Probablemente la explicación está simplemente en los requisitos de conveniencia: el propósito de su tenencia se vería frustrado si no poseyeran.

La explicación de la posesión del tenedor *precario* (por cesión de testamento) y del tenedor de tierra pública estriba probablemente en

Los romanos no tenían un único término consecuente para indicar una tenencia que no equivaliera a la posesión conforme a derecho, pero los juristas modernos normalmente utilizan la palabra «detentación». El arrendatario romano es, por lo tanto, detentador, y su propietario, poseedor. Esta terminología es adecuada siempre que se tenga en cuenta que «detentación», a diferencia del vocabulario técnico usual de los juristas, indica, no la presencia de consecuencias legales, sino su ausencia. Decir que el arrendatario es detentador es únicamente hacer hincapié en que aunque físicamente está ocupando el terreno, no tiene ninguna relación legal con el mismo.

ii) ¿Qué grado de control material es necesario para la posesión? La respuesta que hemos dado a la pregunta precedente no es una respuesta romana. Los romanos no ofrecen definición de la posesión. Dan por supuesto que el arrendatario, el prestatario, etc., no poseen. En lo que están interesados no es en la cuestión abstracta del significado de la posesión, sino en la cuestión práctica de cómo se adquiere y se pierde. Esta cuestión ofrece un campo peculiar para esa evolución de principios a partir de una multitud de casos hipotéticos que es la delicia y la fuerza del jurista romano, y su análisis y terminología han sido adoptados no sólo por sus sucesores civilistas, sino por los juristas de Derecho consuetudinario.

En el análisis romano, la adquisición tiene dos aspectos: mental y físico. «Se adquiere la posesión», dice PAULO, «por un acto de la mente y un acto del cuerpo (*animo et corpore*); el acto de la mente debe ser de uno mismo, pero el acto del cuerpo puede proporcionarlo otro». Sin embargo, el jurista moderno, más aficionado al pensamiento abstracto, traslada el análisis de la adquisición de la posesión a la posesión en sí, y habla de *animus* y *corpus* como los dos «elementos» de la posesión, aunque la diferencia es de método, no de sustancia<sup>27</sup>.

la historia de estas instituciones. Sin embargo, ésta es una cuestión demasiado amplia para poder debatirla adecuadamente aquí.

<sup>27</sup> El análisis lo utilizó SAVIGNY en su famoso libro sobre la posesión (1803) para dar una respuesta a la pregunta, que acabamos de comentar, del significado de la posesión en el Derecho romano. Encontró el factor diferenciador entre posesión y retención en el *animus*, que él definió como *animus domini* (la intención de ser propietario). El detentador no tenía posesión porque no tenía *animus domini*. Los casos del acreedor pignoraticio, *sequester*, *tenedor precario* y *tenedor*

Aquí sólo podemos considerar los esquemas del análisis romano. El *corpus* de la posesión (adoptando la forma moderna de lenguaje) requiere un poder de control efectivo, pero lo que tal poder efectivo represente debe depender de la naturaleza del objeto. Así pues, se requiere un mayor grado de control material para adquirir la posesión de un libro que de un montón de troncos, de un caballo que de un trozo de tierra. El ejemplo de la tierra demuestra ciertamente que es imposible separar totalmente el *corpus* del *animus*. Si yo quiero tomar posesión de una granja, ¿qué más puedo hacer que entrar por alguna parte de la misma con la intención de tomar el control de toda ella? Aquí, desde luego, el elemento material se reduce a muy poco, pero el Derecho romano insistía no obstante en este mínimo. Yo no podría adquirir la posesión por un acto de intención aislado (*animo solo*). Pero, asimismo, aunque este mínimo sea suficiente, cuando la posesión se toma con el consentimiento del anterior poseedor (es decir, por *traditio*), no sucederá así cuando exista un rival que reclame la posesión; por ejemplo, si yo soy un ocupante ilegal de tu tierra, o si Vd. y yo intentamos tomar posesión de la tierra que anteriormente había permanecido desocupada.

El requisito *animus* es la intención de ejercer el control que constituye el *corpus*. Otra vez aquí, desde luego, ninguno de los dos elementos puede distinguirse fácilmente —un control intencionado es normalmente una contradicción en términos, aunque un loco puede ejercer un control muy eficaz y no es capaz de formar una intención. Y existen cuestiones más complicadas. La intención implica conocimiento, pero ¿hasta qué punto debe ser detallado mi conocimiento? Si, habiéndote comprado un libro, te pido que lo coloques en mi cajón y veo que realmente lo haces, es obvio que yo adquiero posesión en ese momento y, de igual manera, si ni te he pedido que lo pongas allí, ni sé que lo has hecho, no puedo tener la posesión. ¿Pero qué sucede si te he pedido que lo pongas allí y no tengo

de tierra pública se explicaron en la nota precedente. JHERING (1889) rechazó este énfasis sobre el *animus* y declaró que el *corpus* era lo esencial —que cualquier tenencia consciente era en principio posesión y que los casos de retención eran excepciones por razones especiales—. La objeción principal a SAVIGNY es que no hay evidencia de que los romanos distinguieran entre posesión y retención en términos de *animus* y *corpus*, y a JHERING que su explicación de la no posesión de los detentadores es muy forzada.

conocimiento del momento preciso en el que lo haces? ¿Es suficiente tal *animus* anticipatorio? (Esta pregunta adquiere importancia si se retira el libro de mi cajón antes de que yo sepa que está allí. Si mi *animus* fuera suficiente, no tendría simplemente los recursos posesorios, sino también los de propiedad, y la acción por, en su caso). El problema asociado, que ha inquietado mucho a los juristas ingleses, de si yo poseo algo que, sin saberlo, está enterrado en mi tierra o escondido en mi casa, recibe una respuesta negativa: no tengo el *animus* necesario.

Por obvias razones de conveniencia, los requisitos legales no son tan estrictos para la retención de la posesión como lo son para su adquisición. No pierdo la posesión de mi casa y lo que ella contiene solamente por marcharme durante algún tiempo, ni pierdo la posesión de un libro que he guardado y olvidado en un armario. Esta presunción de posesión se llevó aún más lejos en el caso de lo que se denominaba retención *animo solo* (por mera intención). El ejemplo recurrente es el de los pastos utilizados sólo en verano o sólo en invierno; un caso moderno más probable es el del chalet en la playa. Durante la mayor parte del año, cuando el chalet queda desocupado, falta por completo el *corpus* de la posesión, pero por conveniencia se me permite mantener la posesión, y esto se explica como retención *animo solo*. Pero ¿qué sucede si, sin yo saberlo, alguien irrumpe ilegalmente en mi casa y la ocupa en su totalidad? Tiene el *animus* necesario y el *corpus* necesario, y por lo tanto, él y no yo, la poseería, pero los romanos en definitiva preferían el argumento de que lo que se retiene *animo* sólo puede perderse *animo*, y por consiguiente, yo no perderé la posesión hasta tener conocimiento de que alguien ha ocupado ilegalmente mi casa y no haga nada para expulsarlo.

#### D) LA POSESIÓN COMO UN HECHO

Los romanos con frecuencia declaran que la posesión es un hecho, y esto ha dado lugar a una cierta polémica entre los juristas modernos, que comúnmente prefieren considerarla como un derecho. Existe, sin embargo, el peligro de confundirnos con las palabras, a no ser que investiguemos

con antelación lo que los romanos querían decir con la posesión como un hecho. Y tal vez debamos empezar por lo que no querían decir. En las páginas anteriores se demuestra que la posesión no era un hecho, si con esto se da a entender que no estaba regulada por la ley. Por ejemplo, en el caso de que yo tomase posesión de una granja, el haber entrado en el terreno es, ciertamente, una cuestión de hecho, pero si dicha entrada, suponiendo que haya tenido lugar, equivale a una toma de posesión, es ya una cuestión que se rige por las normas legales. Lo que los romanos querían decir con posesión como un hecho puede verse contrastando la posesión con la propiedad, que en este sentido no es un hecho sino un derecho. La propiedad existe haya o no una manifestación material de la misma, mientras que la existencia de la posesión depende de dicha manifestación. Si alguien me saca el pañuelo del bolsillo, dejo de poseerlo (he perdido la posesión *corpore*), pero sigo siendo su propietario. De forma similar, puedo adquirir la propiedad sin saberlo, pero no la posesión. Por decirlo de otra manera, la posesión puede finalizar por un acto ilegal, mientras que la propiedad no (a no ser, por supuesto, que el acto ilegal destruya el objeto de mi propiedad). Si los hechos en los que se basa la posesión terminan, aunque sea ilegalmente, la posesión termina.

Era en este sentido en el que los romanos declaraban que la posesión era un hecho, pero su deseo de favorecer la retención de la posesión les llevaba en definitiva, como hemos visto, a permitir importantes incursiones en su carácter factual. Porque la posesión ya no es un hecho cuando mantengo la posesión de mi chalet en la playa, aunque seis hombres fuertes entren en él y mantengan su ocupación efectiva. En lo tocante a mí mismo y a los ocupantes ilegales, esta dilatación de la posesión no tiene importancia: incluso si hubieran tomado posesión, sería una posesión «viciosa» respecto a mí y, por lo tanto, yo ganaría el interdicto. Pero en lo que se refiere a los ocupantes ilegales y los terceros (por ejemplo, si ellos mismos eran desahuciados), la diferencia es crucial. Los ocupantes ilegales no tienen recursos, y la razón de esto es en esencia que su ocupación es viciosa por lo que a mí respecta o, dicho de otra manera, que mi derecho es mayor que el suyo; pero esto es una negación del principio básico

de que la titularidad es irrelevante a efectos de la posesión. En resumen, los romanos tendían a tratar la posesión como un derecho y con esto desdibujaban la línea existente entre posesión y propiedad que por lo demás habían mantenido con tanto rigor.

### 3. Modos de adquisición de cosas corporales

Gayo y Justiniano dedican la máxima atención a los modos de adquisición de *res corporales* —las formas por las que una cosa puede llegar a ser mía—. Clasifican éstos en pertenecientes al Derecho civil o al Derecho natural en el sentido explicado anteriormente<sup>28</sup>. La *traditio*, por ejemplo, es un modo natural de adquisición, mientras que la *mancipatio* e *in iure cessio* son peculiarmente romanas y, por lo tanto, modos civiles. Sin embargo, esta clasificación resulta difícil de justificar en casos individuales, y posteriores comentaristas han adoptado normalmente otras, sobre todo las de modos derivados y originales. Mediante un modo derivado, la adquisición se obtiene de un propietario anterior y, por lo tanto, al menos en teoría, el derecho de propiedad se demuestra probando a su vez el del predecesor<sup>29</sup>. Mediante un modo original se adquiere una titularidad que no depende de ninguna otra anterior. O la cosa nunca ha estado en propiedad de nadie anteriormente (*occupatio* de un animal salvaje) o, si lo ha estado, la nueva propiedad se prueba sin hacer referencia a la antigua. Por ejemplo, si un zapatero cambia las suelas de mis zapatos, mi derecho de propiedad sobre el cuero que ha utilizado depende, no de su derecho al mismo (él puede haberlo robado), sino que haya sido incorporado a mis zapatos (*accessio*)<sup>30</sup>. Yo pruebo mi derecho de propiedad probando la incorporación.

<sup>28</sup> Página 87.

<sup>29</sup> Por lo que se refiere a esta *probatio diabolica*, véase pág. 205.

<sup>30</sup> Página 180. La distinción entre modos originarios y derivados a veces se expresa de forma diferente, siendo los modos originarios aquellos por los cuales se adquiere la propiedad libre de cualesquiera «cargas» que estuvieran en manos del propietario anterior. Bajo este aspecto, la usucapción es derivada, puesto que la persona que usucape toma la propiedad sujeta a todas las servidumbres existentes. Pero incluso así, la clasificación apenas es factible. La *occupatio* es el modo originario por excelencia y, de cualquier forma, desde el punto de

Consideraremos en primer lugar los modos derivados y después los originales, y dentro de los últimos, distinguiremos por conveniencia la prescripción, que en forma de *usucapio* es civil, del resto, que son todos naturales.

### 4. Modos derivados. Transmisión

#### A) «MANCIPATIO», «IN IURE CESSIO»

Ya hemos examinado estas dos transmisiones de Derecho civil<sup>31</sup>. Ambas han desaparecido de la legislación de Justiniano, aunque ninguna fue formalmente abolida en ningún momento. La *in iure cessio* se limitaba en la práctica a la transmisión de cosas incorpóreas, y probablemente dejó de utilizarse incluso con estos fines mucho antes de la época de Justiniano. La *mancipatio* fue desprovista de cualquier posible función en el derecho de propiedad cuando Justiniano abolió la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*<sup>32</sup>, pero esto, probablemente, no era más que el reconocimiento de la práctica existente. Incluso en el Derecho clásico es materia de especulación hasta cuando se prolongó el empleo real de las balanzas y pesas. Existen numerosos documentos de este período que registran, en palabras que obviamente tienen una forma común, que un donatario o un comprador de una *res Mancipi* «la recibía por *mancipatio*», pero podemos preguntarnos si las partes no se contentaban a menudo con dejar que el registro hiciera las veces del acto. Esto era ciertamente lo que en definitiva sucedía en occidente, donde aparecen referencias a la mancipación en documentos aún después de la época de Justiniano, pero en una forma que deja claro que incluso el significado de la palabra se había olvidado. Quien transfiere simplemente declara que «por este medio mancipa» la cosa; y un siglo o dos antes, el compendio de Gayo, parte del cual se conserva en la *Lex Romana Visigothorum*,

vista que prevaleció finalmente, la adquisición de cosas abandonadas es por *occupatio*; sin embargo, el «ocupante» de una tierra abandonada la toma sujeta a sus servidumbres.

<sup>31</sup> Páginas 94 y 95.

<sup>32</sup> También suprimió las antiguas formas de emancipación y adopción (págs. 112 y 115), y por consiguiente, el acto *per aes et libram* desapareció totalmente. Por otra parte, se permitió que la *in iure cessio* perdurara en su forma variante de *manumissio vindicta*.